

# Revista Jurídica



Universidad de  
**San Andrés**

**N°3 | Jul 2016**

**ISSN 2445-8817**

**REVISTA JURÍDICA**  
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS 2016



Nº 3 | 2016

**AUTORIDADES DE SAN ANDRÉS**

**Rector**

*Carlos Rosenkrantz*

**Vicerrector**

*Roberto José Bouzas*

**Director del Departamento de Derecho**

*Lucas S. Grosman*

## ÍNDICE

ARTÍCULOS | ENSAYOS | NOTAS Y JURISPRUDENCIA | RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

### ARTÍCULOS

---

Tareas pendientes para un constitucionalismo republicano

**Por Ramiro Álvarez Ugarte ..... 1**

Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni

**Por Roberto Gargarella ..... 22**

### ENSAYOS

---

El Principio de precaución en el derecho de la responsabilidad civil. Estado de la situación en el Derecho Argentino

**Por Aída Kemelmajer de Carlucci ..... 45**

### NOTAS Y JURISPRUDENCIA

---

La responsabilidad de los buscadores de internet. La necesidad de generar un esquema de incentivos adecuado

**Por Federico S. Carestia ..... 73**

Autogeneración distribuida y balance neto. Introducción a su reglamentación jurídica

**Por Nicolás Eliashev ..... 96**

### RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

---

Bohoslavsky, Juan Pablo, comp. ¿Usted también Doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015)

**Por Claudia Hilb ..... 115**

Kemelmajer de Carlucci, Aída. Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004)

**Por Katia Yanina Schilman ..... 123**

Rivera, Julio César (h), José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (dirs.). Tratado de los Derechos Constitucionales (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2014), 3 tomos.

**Por Fernando M. Toller ..... 130**

Reseña de Jurisprudence as Practical Reason. 2013. Mark Sayers y Aladin Rahemtula (eds.). Queensland: Supreme Court Library Queensland.

**Por Santiago Legarre ..... 141**

## Tareas pendientes para un constitucionalismo popular latinoamericano

*Ramiro Álvarez Ugarte<sup>1</sup>*

### Resumen

Este trabajo parte de una hipótesis: existe una distancia considerable entre el pensamiento y la realidad constitucionales en América Latina. Mientras en nuestros países se consolidan liderazgos fuertes más o menos populistas, gran parte de las reflexiones del llamado "neoconstitucionalismo" giran en torno a los derechos y las formas de implementarlos de manera efectiva a través de los tribunales. Se trata de dos alternativas --populismos y tecnocracias judiciales-- que relegan a los ciudadanos a un rol secundario y son, por lo tanto, muy poco atractivas. Algunos autores han buscado recorrer otro camino inspirándose en el llamado constitucionalismo popular desarrollado en los últimos años por académicos de los Estados Unidos. Estas teorías buscan rescatar el rol del "pueblo" en el auto gobierno colectivo. Este trabajo sugiere que ese camino es posible pero está plagado de dificultades. Recorrerlo exige comprender el núcleo duro de la teoría del constitucionalismo popular y democrático y liberarlo de sus aspectos más provinciales. En este sentido, existe una serie de tareas pendientes que es necesario abordar antes de poder utilizar las teorías del constitucionalismo popular de un modo efectivo para explicar nuestras propias realidades y contextos.

### Palabras Clave

Constitucionalismo popular – América Latina – Teoría Constitucional

### Abstract

This paper begins with a hypothesis: there is considerable distance between thought and constitutional reality in Latin America. While in our countries varying degrees of populist leaderships are consolidated, much of the reflections of the "neoconstitutionalism" revolve around rights and ways to implement them effectively through the courts. There are two alternatives – populisms and judiciary technocracies – that relegate citizens to a secondary role and are, therefore, very unattractive. Some authors have sought another path inspired by the so-called

---

<sup>1</sup> Doctorando en derecho en la Universidad de Columbia. Agradezco a los árbitros anónimos por los comentarios y sugerencias recibidas.

popular constitutionalism developed in recent years by academics from the United States. These theories seek to rescue the role of "the people" in the collective self-government. This work suggests that this path is possible but is fraught with difficulties. Going that way requires understanding of the core theory of popular and democratic constitutionalism and releases it from its more provincial aspects. In this regard, it exists a number of tasks that need to be addressed before using the theories of popular constitutionalism in an effective way to explain our own realities and contexts.

**Key Words**

Popular constitutionalism – Latin America – Constitutional Theory

América Latina es una región compleja y contradictoria. Experimentó en las últimas décadas un exitoso proceso de transición hacia regímenes democráticos y dejó atrás largos años de gobiernos dictatoriales o autocracias de diferente tipo. Las nuevas *democracias* han avanzado de la mano de reformas legales y constitucionales estructurales. Los derechos de los ciudadanos han aumentado gracias a ellas y a la consolidación del sistema interamericano de los derechos humanos como espacio de interacción común entre ciudadanos y estados de la región. Pero América Latina es también definida por la pobreza estructural y la violencia que padece. Es la región más desigual del mundo<sup>2</sup> y ello socava las bases mismas de las prácticas que supuestamente constituyen a las democracias como tales<sup>3</sup>. La iniquidad estructural que atraviesa a casi todos los países de la región es una desigualdad en acceso a recursos materiales, ciertamente, pero también políticos, culturales y sociales. Implica una desigual distribución del poder que nos obliga a evaluar bajo qué parámetros hablamos de *las democracias de América Latina*.

Este escenario hace que el hecho de la *desigualdad* deba ser objeto especial de reflexión por parte del pensamiento constitucional latinoamericano, un hecho sobre el cual ha insistido en numerosas oportunidades Roberto Gargarella<sup>4</sup>. Entiendo que uno de los focos principales de esa reflexión debe ser la desigualdad *política*, es decir, los distintos niveles de acceso a los procesos de toma de decisiones colectivas. Esta es una cuestión que excede pero que está estrechamente vinculada al acceso a recursos materiales mínimos para el ejercicio de la ciudadanía.

Desde mi punto de vista existe en la región cierta desconexión entre el pensamiento y la realidad constitucional. Mientras muchos países se inclinan hacia liderazgos hegemónicos y fuertes, gran parte de la reflexión que tiene lugar bajo la bandera del *neoconstitucionalismo* se preocupa por incrementar el control parlamentario y atenuar el presidencialismo, promover los derechos humanos de grupos minoritarios y

---

<sup>2</sup> Heraldo Muñoz, “Lessons from the Worlds Most Unequal Region” (discurso en Asamblea General de las Naciones Unidas, New York, Julio 2013).

<sup>3</sup> El vínculo estrecho entre democracia y acceso a recursos mínimos ha sido señalado en numerosas oportunidades. Señalaría, por el momento, al argumento desarrollado por Hanna Arendt en *On Revolution*, donde destaca a la eliminación de la pobreza y la privación extrema como una de las condiciones que explica el éxito de la revolución norteamericana, sostenida en prácticas democráticas basada en una igualdad que --obviamente-- no alcanzaba a todos los habitantes de las colonias británicas. Ver Hannah Arendt, *On Revolution* (New York: Penguin Classics, 1986), especialmente el capítulo 2.

<sup>4</sup> Roberto Gargarella, *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution* (New York: Oxford University Press, 2013), x.

fortalecer el control de constitucionalidad<sup>5</sup>. Esta desconexión es significativa: nos preocupamos por lo que hacen los jueces mientras en muchos países de la región los jueces no importan<sup>6</sup> y es en esos países donde los cambios constitucionales fueron más radicales.

La alternativa de depositar nuestra fe en *presidentes o magistrados judiciales* es muy poco atractiva. Se trata de opciones que relegan a los ciudadanos a un lugar secundario, lo que sugiere que quienes están interesados en la igualdad en sentido amplio deberían buscar alternativas en otros lados. Una posibilidad es tratar de entender al derecho constitucional desde fuera de las instituciones estatales, para comprender lo que los ciudadanos de nuestros países hacen --o no hacen-- con sus constituciones. Con ese objetivo, algunos constitucionalistas en América Latina han recurrido al constitucionalismo popular y democrático de los Estados Unidos (en adelante, CPD) en búsqueda de puntos de apoyo sobre los cuales anclar miradas similares<sup>7</sup>. Ese camino es posible pero está plagado de dificultades que en este trabajo me interesa explorar. Procedo de la siguiente manera.

En la primera parte abordo la cuestión del *pueblo* en el derecho constitucional a partir de la tensión que existe entre la *soberanía popular* y la idea de *representación*. Esta tensión tiene al menos dos causas: una decisión de las primeras *elites* republicanas que miraban con desconfianza a la participación excesiva de los ciudadanos en los asuntos públicos, y una dificultad teórica vinculada a la asignación de un lugar activo y preponderante al pueblo en las sociedades modernas. Esa tensión subsiste en nuestras constituciones y se expresa muy bien en las miradas populistas que ponen al *pueblo* en el centro de la reflexión política pero en los márgenes de la *acción* política. Esta sección funciona a modo de presentación del problema e incluye un repaso elemental sobre las principales aristas del CPD.

En la segunda parte analizo las prácticas que estudia el CPD. Me enfoco, principalmente, en identificar vacíos teóricos y empíricos que son necesarios abordar para el desarrollo de un CPD latinoamericano. No me interesa, en general, señalar hacia puntos

---

<sup>5</sup> Carlos Manuel Villabella Armengol, “Constitución y Democracia En El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano”, *IUS. Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 25 (2010): 49.

<sup>6</sup> Sobre la cuestión de la independencia judicial y a modo de ejemplo, ver la investigación sobre el poder judicial en el Ecuador de Luis Pásara, “La Independencia Judicial En La Reforma de La Justicia Ecuatoriana” (Washington: Fundación para el Debido Proceso (DPLF), Instituto de Defensa Legal (IDL) y DeJusticia, 2014).

<sup>7</sup> Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega, ed., *Constitucionalismo Popular En Latinoamérica* (México: Editorial Porrúa, 2013).

débiles en las teorías desarrolladas en Estados Unidos, algo que he hecho –tentativamente– en otros trabajos<sup>8</sup>. Me interesa, por el contrario, sugerir tareas pendientes que son necesarias para pensar un CPD latinoamericano capaz de trascender la dicotomía entre *populismos* y *tecnocracias* que parece atravesar la práctica y el pensamiento constitucional en la región y que señalé en párrafos anteriores.

Entender desde dónde viene el CPD y hacia dónde va es clave para poder aplicar estas teorías de un modo efectivo a contextos diferentes a los que les dieron origen. También resulta fundamental entender que el CPD se mueve en el marco de una dificultad constitutiva de la modernidad que a algunos preocupa y otros celebran: la distancia entre el Estado y la *sociedad civil* que se instauro como elemento fundamental de los regímenes políticos con la salida del feudalismo. Este trabajo se enfoca en explorar estas cuestiones y sugiere una agenda de investigación.

## El pueblo y sus representantes en el derecho constitucional

El concepto predominante en el CPD norteamericano es la palabra *pueblo*; lo que une a los autores que se embarcan en esta corriente es cierta *sensibilidad* hacia el rol de los ciudadanos en la construcción colectiva del derecho y cierto rechazo a diversas *aristocracias* que reclaman para sí una especie de inaceptable monopolio interpretativo<sup>9</sup>. Esta invocación del *pueblo* es problemática ya que se trata de un concepto fundamental y, a la vez, escurridizo. El *pueblo* no existe ni como actor político ni como realidad sociológica y ello –sugiero– mete al constitucionalismo popular en enormes dificultades<sup>10</sup>. Pero el concepto es válido desde el punto normativo y permite vincular al

---

<sup>8</sup> Ramiro Álvarez Ugarte, “El Constitucionalismo Popular y Los Problemas de La Última Palabra: Apuntes Para Un Contexto Latinoamericano”, *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo* 13, no. 1 (Diciembre de 2012): 71; Ramiro Álvarez Ugarte, “La Aporía y El Diálogo En La Adjudicación Constitucional”, en *Por Una Justicia Dialógica. El Poder Judicial Como Promotor de La Deliberación Democrática*, ed. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 321.

<sup>9</sup> Richard D. Parker, “Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto”, *Valparaiso University Law Review* 27, no. 3 (verano 1993): 531; Roberto Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?* (London; New York: Verso, 1996); Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000); Larry D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York: Oxford University Press, 2004).

<sup>10</sup> Ver Lucas A. Powe Jr, “Are “the People” Missing in Action (and Should Anyone Care)”, *Texas Law Review* 83 (2005): 855; Larry Alexander and Lawrence B. Solum, “Popular? Constitutionalism?”, *Harvard Law Review* 118, no. 5 (2005): 1594 y Doni Gerwirtzman, “Glory Days: Popular Constitutionalism, Nostalgia, and the True Nature of Constitutional Culture”, *The Georgetown Law Journal* 93 (2005): 897. Este último señala que el constitucionalismo popular no puede tratar a lo *político* y al *pueblo* como conceptos intercambiables. “Si la teoría constitucional está evolucionando desde la búsqueda normativa de un paradigma interpretativo dominante a una investigación descriptiva sobre las interacciones legales y políticas que están detrás de la revisión judicial no es suficiente con descansar en abstracciones como ‘el

CPD a una visión de la democracia un tanto imprecisa que, de todas formas, reclama para los ciudadanos mayores espacios de participación y toma de decisiones. Por ello, parece ser una atractiva alternativa a las visiones constitucionales predominantes en América Latina.

El CPD es una etiqueta sumamente generosa. Abarca trabajos –en su vertiente *popular*– que son investigaciones históricas<sup>11</sup> o propuestas teóricas<sup>12</sup> y comparativas<sup>13</sup>. En su variante *democrática*, el CPD se preocupa por ver cómo los ciudadanos interactúan con los tribunales y las legislaturas y cómo así logran impactar en el desarrollo del derecho constitucional<sup>14</sup>. Estas miradas rechazan el lugar central asignado al Estado por el constitucionalismo tradicional y buscan posar su atención sobre los mecanismos a través de los cuales la Constitución es moldeada a fuerza de reclamos y demandas ciudadanas en el *teatro de disputas*<sup>15</sup> que permiten los derechos democráticos.

Pero además de una propuesta teórica variada con un eje normativo claro, el CPD también constituye una reacción de la academia jurídica norteamericana al giro conservador de la sociedad en general, y de los tribunales en particular, producido a comienzos de la década del ochenta en ese país<sup>16</sup>. Es, en este sentido, un movimiento teórico con una agenda específica: contrarrestar el poder de los tribunales en la sociedad de los Estados Unidos. Tal vez la exposición más clara de esa misión colectiva haya sido

---

Pueblo" 937. Creo que esta crítica es correcta e identifica una de las principales debilidades del constitucionalismo popular.

<sup>11</sup> Bruce A. Ackerman, *We the People: Foundations* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991); Bruce A. Ackerman, *We the People: Transformations* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000); Kramer, *The People Themselves*; Christian G. Fritz, *American Sovereigns: The People and America's Constitutional Tradition Before the Civil War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

<sup>12</sup> Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (New York: Oxford University Press, 1999); Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*.

<sup>13</sup> Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2008).

<sup>14</sup> Robert Post y Reva B. Siegel, "Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy", *California Law Review* 92 (2004): 1027; Robert Post y Reva B. Siegel, "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash", *Harvard Civil Rights–Civil Liberties Law Review* 42 (2007): 373; Reva B. Siegel, "The Jurisgenerative Role of Social Movements in US Constitutional Law" (ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política (SELA), Oaxaca, México, junio 2004); Reva B. Siegel, "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de Facto Era. 2005-06 Brennan Center Symposium Lecture", *California Law Review* 94 (2006): 1323; Reva B. Siegel, "Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller", *Harvard Law Review* 122 (2008): 191; Linda Greenhouse y Reva B. Siegel, *Before Roe V. Wade: Voices That Shaped the Abortion Debate Before the Supreme Court's Ruling* (New York: Kaplan Publishing, 2010).

<sup>15</sup> Claude Lefort, *The Political Forms of Modern Society: Bureaucracy, Democracy, Totalitarianism*, ed. John B. Thompson (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1986), 258.

<sup>16</sup> Robert C. Post, "Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law", *Harvard Law Review* 117, no. 4 (2003): 4, nota 15; Larry Kramer, "Response", *Chicago-Kent Law Review* 81 (2006): 1173.

planteada por Kramer en *The People Themselves*.

La pregunta que deben responderse los norteamericanos es si están cómodos entregándole su constitución a las fuerzas de la aristocracia: si comparten esta falta de fe en sí mismos y en sus conciudadanos o si están preparados para asumir, una vez más, las completas responsabilidades del autogobierno y a no equivocarse: la elección es nuestra, necesaria e inevitablemente. La Constitución no toma esa decisión por nosotros. Tampoco la historia, la tradición o la ley. Podemos elegir, como señala Sanford Levinson, como una cuestión de 'fe constitucional' ceder el control a la Suprema Corte, convertirla en nuestro guardián platónico en la definición de los valores constitucionales. O podemos elegir mantener esa responsabilidad, incluso cuando dejamos que el tribunal sea nuestro agente en la toma de decisiones. En cualquier caso, decidimos nosotros<sup>17</sup>.

El contexto político en el que emerge el CPD es imprescindible para entenderlo, especialmente si se lo quiere tomar como punto de partida para pensar la realidad latinoamericana. Porque, lógicamente, estas teorías buscan explicar y dar respuestas normativas a una realidad muy diferente a la de los países de América Latina y si no prestamos atención a ese hecho corremos el riesgo de "comprar" soluciones o miradas que no sólo pueden ser inútiles para explicar lo que nos pasa sino que pueden ser normativamente poco atractivas. Ello no significa que el CPD carezca de principios valiosos o descripciones replicables en nuestra región. Pero para llegar a aquello que podemos utilizar como punto de partida es necesario desechar los componentes del CPD más vinculados a la historia y al contexto particular de los Estados Unidos.

Para una mirada preocupada por la igualdad política, uno de los aspectos más valiosos del CPD es el hecho de haber reflexionado sobre las formas en que los ciudadanos pueden tener un mayor impacto en la política constitucional de los Estados Unidos, algo que se ve especialmente en los trabajos de Siegel y Post. Un componente teórico fundamental de estos trabajos es cierta mirada sobre el Estado que se posiciona desde afuera: el Estado es para estos autores un *otro* a ser interpelado. Esto permite pensar en dos esferas separadas que he explorado en otro trabajo<sup>18</sup>: la sociedad civil como espacio que *interpela* al Estado con demandas, reclamos y exigencias de distinto tipo. Estas exigencias buscan persuadir<sup>19</sup> a funcionarios públicos autorizados e involucra un tipo de política no preocupada por el acceso al poder sino por *influir* en los agentes autorizados encargados de tomar las decisiones<sup>20</sup>. Como señala Lefort, de lo que se trata

<sup>17</sup> Kramer, *The People Themselves*, 247.

<sup>18</sup> Ugarte, "El Constitucionalismo Popular y Los Problemas de La Última Palabra"

<sup>19</sup> Siegel, "The Jurisgenerative Role of Social Movements en US Constitutional Law" 12.

<sup>20</sup> Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. William Rehg (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998), 363.

es de rechazar los intentos por "mantener intacta la imagen del poder del Estado, en la convicción tenaz de que sólo su conquista podría permitir el desarrollo de algo nuevo"<sup>21</sup>. Para el CPD ese *algo nuevo* tiene que venir desde abajo.

Si este análisis del CPD se sostiene, entonces podemos postular una distinción que sugiero es útil para el análisis: aquella entre la política de la *representación* y la política de los derechos. La primera es el tipo de política que surge de nuestros textos constitucionales: ellos organizan el poder, establecen pautas para su ejercicio y para las relaciones entre distintos órganos y departamentos y establecen las formas en que ese poder puede ser disputado a través de elecciones libres y periódicas, entre otros aspectos. Estos textos también reconocen derechos, generalmente individuales, y establecen mecanismos de reclamos cuando esos derechos son violados. El tipo de política que esta estructura sugiere es la de los partidos políticos y las elecciones. Los derechos son mirados en tanto son *reconocidos* por el Estado y pueden invocarse ante él o los particulares. Por ello es que el constitucionalismo tradicional se preocupa principalmente por ver como esos derechos han de ser interpretados, armonizados y adjudicados en controversias judiciales. Lo novedoso del CPD es que toma a los derechos como recursos políticos<sup>22</sup> que dan lugar a una nueva forma de práctica política<sup>23</sup>.

Para entender por qué el CPD se preocupa por este tipo de política es necesario dar un paso atrás y reflexionar sobre el desafío que la política de la *representación* ha generado a la teoría democrática y al constitucionalismo moderno. Este problema es complejo pero puede presentarse de una manera simple en forma de paradoja: una democracia es el gobierno del pueblo pero el pueblo no gobierna. Debe, necesariamente, hacerlo a través de representantes. Este hecho genera una tensión ineludible entre el pueblo y quienes ocupan las estructuras formales del Estado, porque el primero tiene el doble y contradictorio estatus de *gobernante* y *gobernado*, es el origen de un poder que delega en el mismo momento que lo crea.

Desde el CPD, quien más claramente se ha enfocado en este problema es Larry Kramer en *The People Themselves*, donde explora los primeros años del constitucionalismo revolucionario de los Estados Unidos y rescata prácticas de democracia directa en las que los ciudadanos mostraban una relación estrecha y directa

---

<sup>21</sup> Lefort, *The Political Forms of Modern Society*, 261.

<sup>22</sup> Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 2004), 84.

<sup>23</sup> Lefort, *The Political Forms of Modern Society*, 239 y ss.

con sus constituciones estatales, como instrumentos de su creación y propiedad sobre los cuales mantenían el control que un autor puede mantener sobre su obra. El pueblo es el heredero *colectivo* de la soberanía que –hasta entonces– se había depositado en el cuerpo del rey y que éste había perdido por violar los principios naturales que limitaban su autoridad en la Inglaterra del siglo XVIII. ¿Pero cómo y cuándo actúa el pueblo? ¿Cómo hace oír su voz?

Según los estudios sobre el constitucionalismo revolucionario, la idea del pueblo como soberano colectivo se debatió entonces entre dos posibilidades diferentes: una *amplia*, según la cual el pueblo puede intervenir de manera directa en los asuntos públicos y una *restringida* que reduce al pueblo a elegir representantes de tanto en cuando<sup>24</sup>. Estos estudios buscan rescatar al concepto *amplio* porque –sostienen– es la idea *restringida* la que eventualmente se impuso y la que nos resulta más familiar.

Los análisis en los Estados Unidos suelen, en general, partir de la tensión entre los federalistas y los republicanos en los primeros años de los Estados Unidos: mientras los primeros eran partidarios de un gobierno central fuerte alejado de los ciudadanos y comandado por una aristocracia natural que gobernaría en beneficio de todos, los segundos desconfiaban del poder central y encontraban a la verdadera democracia en estados pequeños y homogéneos<sup>25</sup>. Esta diferencia es constitutiva de esa primera democracia *restringida* que apostó a la agencia de los ciudadanos de un modo reticente<sup>26</sup>.

Sólo algunos individuos (los más instruidos y/o propietarios, o una tecnocracia, o una vanguardia política o una junta militar) fueron considerados portadores de las capacidades morales e intelectuales necesarias para participar en la vida política. Sólo a ellos se los consideraba suficientemente dotados (en materia de educación, propiedad, trabajo revolucionario o designios patrióticos) para tener los conocimientos necesarios y la motivación adecuada para tomar responsablemente decisiones colectivas vinculantes. (...) [E]n los países del Noroeste los sectores privilegiados generaron, en la mayoría de los casos, regímenes democráticos oligárquicos no inclusivos para ellos y exclusión política para el resto. Sólo luego de numerosas y arduas luchas, los sectores anteriormente excluidos lograron ser aceptados como ciudadanos políticos; fue entonces que la apuesta democrática se tornó inclusiva<sup>27</sup>.

Este *elitismo* nos resulta hoy sorprendente y repudiable. Pero quienes escribieron nuestras primeras constituciones creían firmemente en ello: como recuerda Gargarella,

---

<sup>24</sup> Kramer, *The People Themselves*; Fritz, *American Sovereigns*, 21.

<sup>25</sup> Ver Fritz, *American Sovereigns*, 123.

<sup>26</sup> Guillermo A. O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado: Teoría Con Intención Comparativa* (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2010), 49.

<sup>27</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 49.

esos dirigentes "coincidían en la necesidad de recortar los poderes de la ciudadanía y reafirmar la capacidad de la dirigencia para actuar a partir de su sola voluntad"<sup>28</sup>. Si bien la apuesta democrática hacia una creciente *inclusión* de los ciudadanos como agentes titulares de derechos de participación política fue expandiéndose paulatinamente a partir de procesos de cambio y lucha social, ese elemento aristocrático persiste en nuestras constituciones. Tal vez un ejemplo particularmente burdo de ello sea el artículo 22 de la Constitución argentina, que afirman que el pueblo "no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes".

Vemos, entonces, que esa *desconfianza* hacia la democracia de la que habla Mangabeira Unger<sup>29</sup> y que el CPD se plantea como principal objetivo de ataque tiene su origen en las miradas de los primeros constituyentes. Pero sería una simplificación inaceptable sostener que la única causa por la cual nuestras instituciones parecen desconfiar de los ciudadanos son esos pecados de origen. La separación entre *representantes* y *representados* es parte de la distinción entre *sociedad civil* y *Estado* que señalé antes. Y, como sugerí, es ineludible: la democracia moderna requiere de algún tipo de esquema de representación para funcionar y las prácticas de democracia directa de la *polis* griega o del constitucionalismo revolucionario de los Estados Unidos simplemente "no están disponibles para nosotros"<sup>30</sup>. La representación es entonces un "mal necesario"<sup>31</sup>.

El CPD, como todo el pensamiento político contemporáneo, se mueve en el marco de esa dificultad pero el análisis de sus teóricos parece enfocarse puramente en la forma en que el problema se manifestó en los Estados Unidos. Esto representa un desafío considerable si queremos tomar al CPD como punto de partida para analizar la realidad de América Latina. Para ver la magnitud de ese desafío es útil reflexionar sobre las distintas formas en que el análisis desde el CPD puede arrojar un resultado inútil o poco atractivo cuando buscamos utilizarlo para analizar nuestras comunidades.

Pensemos, por ejemplo, en los estudios históricos sobre el constitucionalismo revolucionario. Estos estudios señalan que el pueblo no se consideraba a sí mismo

---

<sup>28</sup> Roberto Gargarella, *Crítica de La Constitución: Sus Zonas Oscuras* (Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004), 22.

<sup>29</sup> Mangabeira Unger, *What Should Legal Analysis Become?*

<sup>30</sup> Mark Tushnet, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986), 148.

<sup>31</sup> Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven: Yale University Press, 1996), 132.

limitado por las constituciones escritas porque la legitimidad de ellas dependía de su consentimiento<sup>32</sup>. Así, logran revelar las tensiones que operaron sobre la idea de *soberanía popular* mientras se iba gestando y rescatando el vínculo estrecho entre las primeras constituciones y los ciudadanos, algo especialmente considerable en un contexto de creciente influencia de jueces conservadores en la vida pública de los Estados Unidos. Pero el valor normativo de estos trabajos no va mucho más allá de eso porque recuperan prácticas imposibles de replicar en las democracias de masas de la actualidad. Ello explica por qué Kramer se vio en la obligación de reconocer que el control directo que rescató en *The People Themselves* no es una opción disponible ahora y que lo que podemos esperar, en el mejor de los casos, es un constitucionalismo popular *mediado* por las instituciones representativas<sup>33</sup>. Si el CPD es vulnerable a estas críticas en los Estados Unidos, ¿qué deberíamos decir desde América Latina donde esa relación directa de los ciudadanos con su constitución no estuvo presente ni siquiera en el momento inicial de nuestro constitucionalismo?

Por otro lado, el importante trabajo de Ackerman vinculado a los *momentos constitucionales*, identifica la acción de los ciudadanos con el acto de votar de manera masiva y sostenida a ciertos presidentes especialmente populares<sup>34</sup>. La mirada es valiosa pero nos mantiene de todas formas dentro de la lógica de representación y –además – no es fácilmente traducible al contexto de América Latina. Por ejemplo, podría llevarnos a replicar la posición de Ackerman y depositar nuestra fe en presidentes fuertes de América Latina, algo que podemos hacer pero *sin* fundar nuestra postura en el CPD norteamericano, donde los presidentes *fuertes* operan bajo una lógica diferente a la de los caudillos de nuestra región<sup>35</sup>.

Finalmente, pensemos en los trabajos de Siegel y Post que sostienen como punto central de su teoría de constitucionalismo *democrático* que las posiciones políticas de los ciudadanos norteamericanos dan forma al derecho constitucional "a través de numerosos caminos por fuera de los mecanismos formales [de reforma constitucional]"<sup>36</sup>. Uno de los

---

<sup>32</sup> Fritz, *American Sovereigns*, 263.

<sup>33</sup> Kramer, "Response", 1173; ver también Barry Friedman, "Mediated Popular Constitutionalism", *Michigan Law Review* 101, no. 8 (Agosto 2003): 2596.

<sup>34</sup> Ackerman, *We the People*, 1991; Ackerman, *We the People*, 2000.

<sup>35</sup> Sobre las características de nuestros presidencialismos exacerbados, ver Guillermo A. O'Donnell, "Delegative Democracy", *Journal of Democracy* 5, no. 1 (enero 1994): 55.

<sup>36</sup> Robert C. Post y Reva B. Siegel, "Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave Act", *The Yale Law Journal* 112, no. 8 (2002): 1943.

caminos que destacan es el del proceso de selección de jueces<sup>37</sup>. Si vamos a utilizar el CPD para pensar las realidades latinoamericanas va a ser necesario buscar más allá de los caminos que los teóricos norteamericanos encuentran al estudiar su propia realidad: existen diferencias institucionales significativas entre Estados Unidos y las democracias de América Latina (por ejemplo, falta de bipartidismo sostenido en el tiempo, menor estabilidad institucional, mandatos judiciales limitados, etcétera) que sugieren que el mecanismo de selección de jueces probablemente no sea un mecanismo efectivo para implantar visiones constitucionales sustantivas.

Los párrafos precedentes no buscan ser una impugnación del CPD: su objetivo es simplemente señalar cuestiones centrales de estas teorías que es necesario revisar antes de emprender un camino que, como sugiero aquí, es de todas formas promisorio. Desde mi punto de vista, los trabajos que desde América Latina han interpelado al CPD no han dado suficiente cuenta de esas dificultades<sup>38</sup>. En la siguiente sección señalo la vigencia contemporánea de las prácticas que describe el CPD, especialmente en su vertiente *democrática*, y señalo hacia posibles formas de llenar los vacíos que exige tomar al CPD como punto de partida para pensar al constitucionalismo latinoamericano.

## **Las políticas de derechos como prácticas constitutivas de la política democrática**

Además de los estudios históricos que revelan la tensión fundamental entre *pueblo* y *representantes*, el CPD en su vertiente *democrática* ha explorado prácticas contemporáneas que buscan persuadir a funcionarios públicos. Estos análisis también son históricos pero abordan períodos más cercanos y se concentran en los movimientos sociales de fines del siglo XX como los principales actores de la trama. El ejemplo más claro de esta mirada se encuentra en los trabajos de Siegel y Post sobre el movimiento por los derechos civiles<sup>39</sup>, el movimiento feminista<sup>40 41</sup> y el que favorece la tenencia de armas como un derecho constitucional<sup>42</sup>.

Todos estos reclamos pueden entenderse como demandas de *derechos*, ya que su

---

<sup>37</sup> Siegel, “The Jurisgenerative Role of Social Movements in US Constitutional Law”, 6.

<sup>38</sup> Ver, por ejemplo, algunos de los trabajos recopilados por Alterio y Ortega *Constitucionalismo Popular En Latinoamérica*.

<sup>39</sup> Siegel, “The Jurisgenerative Role of Social Movements in US Constitutional Law”.

<sup>40</sup> Siegel, “Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change”.

<sup>41</sup> Post y Siegel, “Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash”.

<sup>42</sup> Reva B. Siegel, “Dead or Alive”.

reclamo suele estar detrás de las acciones de los ciudadanos que buscan influir en la agenda pública utilizando el lenguaje de la Constitución. Sucede que los términos amplios y ambiguos utilizados por nuestros textos fundamentales se presta a ese uso instrumental por parte de ciudadanos que reclaman una soberanía interpretativa<sup>43</sup> que ninguna autoridad puede reclamar de manera exclusiva sin recaer en un inaceptable elitismo<sup>44</sup>.

Como señala O'Donnell, los *derechos* ocupan un lugar central en los procesos de expansión de las fronteras democráticas que reaccionan a la distancia entre representantes y ciudadanos que buscaron nuestras constituciones originales.

"Si nos dicen, una y otra vez, que somos todos iguales en tanto miembros de esta nación, ¿cómo es posible, y aceptable, que algunos sufran severas privaciones y desigualdades? Tales reclamos pueden convertirse en demandas masivas y contundentes..."<sup>45</sup>.

Esta igualdad básica, que O'Donnell identifica como la *apuesta* fundacional de la democracia, sostiene reclamos de derechos que buscan ser *reconocidos* por el Estado, *implementados* por sus burocracias e *interpretados* en ciertos sentidos determinados. Como explica O'Donnell, "las luchas políticas son libradas frecuentemente en el terreno de lo que debería ser la ley que va a ser escrita o de lo que debería ser la interpretación de una ley ya dada"<sup>46</sup>.

"Recordemos que desde tiempos muy tempranos, las clases y sectores subordinados han luchado por la publicidad de la ley y para ganar al menos parcial control de su texto e interpretación. A su vez, los sectores y clases dominantes y sus aliados han tendido a imponer concepciones formalistas, naturalizadas o cosificadas de la ley como expresión de una racionalidad superior que sanciona adecuadamente el orden social ya existente. En los tiempos modernos, las luchas por la democracia y su expansión fueron en gran medida conflictos para que los derechos de los sectores y clases subordinados fueran inscritos en la ley e implementados por burocracias estatales adecuadas. *La democracia y sus derechos proveen el principal camino* por el cual se pueden lograr algunos resultados igualadores contra las tendencias estructuradas hacia la desigualación de la burocracia y el capitalismo, así como también del género, de diversas discriminaciones y otros males sociales" (el destacado me pertenece)<sup>47</sup>.

Estas políticas de derechos (en adelante, PDD) suponen un cuestionamiento de la lógica de representación pero, simultáneamente, una afirmación de la misma.

<sup>43</sup> Robert Cover, "Foreword: Nomos and Narrative", *Harvard Law Review* 97, no. 1 (noviembre 1983): 1.

<sup>44</sup> Sobre el punto, ver Álvarez Ugarte "El Constitucionalismo Popular y Los Problemas de La Última Palabra"

<sup>45</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 123.

<sup>46</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 154.

<sup>47</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 159.

Significan un *cuestionamiento* porque –en general– operan por fuera del sistema representativo, que sería el gran agregador de intereses: cuando los ciudadanos tienen demandas y reclamos que plantear frente al Estado no forman partidos políticos y ganan elecciones porque ese mecanismo de acción es tan demandante que simplemente no está disponible para quienes no pueden votar (quienes tienen obstáculos *de iure* en el acceso) o quienes pertenecen a sectores minoritarios de la población y no pueden acceder a los beneficios de la lógica mayoritaria bajo la cual funciona el sistema representativo (obstáculos *de facto*). Cuando el grupo G que tiene la demanda D no puede lograr el número suficiente de votos para ubicar a su representante en el Congreso<sup>48</sup> impulsan esa demanda de otras formas. Al hacerlo, *afirman* a los funcionarios que interpelan y al sistema representativo del que ellos derivan su autoridad. El sistema representativo finalmente *agrega* esos intereses pero no a través de las elecciones y los votos sino a través de formas que nuestras constituciones receptan de modos diversos e imperfectos. Sobre ellas, la vertiente *democrática* del CPD en los Estados Unidos (cuyos principales exponentes son Siegel y Post) ha identificado como formas de *influencia* al litigio estratégico, el cabildeo legislativo, las manifestaciones populares y el proceso de selección de jueces. Friedman ha encontrado ciertas correlaciones entre lo que deciden los tribunales y lo que piensa la opinión pública y ha concluido que algún mecanismo difuso de coordinación opera en la práctica<sup>49</sup>.

Pero el CPD no ha avanzado mucho más que eso, tal vez porque no consideró necesario hacerlo: en un contexto de instituciones democráticas más o menos consolidadas y de una larga historia de activismo y organización por parte de una sociedad civil activa, robusta y suficientemente estudiada, bastaba con trazar el vínculo entre los ciudadanos y el derecho constitucional que se establecía por medio de los movimientos sociales. Si queremos utilizar al CPD como punto de apoyo para pensar la realidad de América Latina vamos a tener que hacer mucho más que ello. Para avanzar de manera fructífera en ese camino es necesario complejizar las PDD y señalar cuestiones que la

---

<sup>48</sup> Y muchas veces esos obstáculos no son *fácticos* sino que son cuidadosamente establecidos por el régimen de elecciones, que funciona como gran *gatekeeper* de las estructuras formales del Estado. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los distritos de minorías étnicas divididos de manera tal que impiden la elección de representantes propios en los Estados Unidos, obstáculos que la *Voting Rights Act* de 1964 buscó eliminar a partir de la acción que habilita la sección X de ese texto legal. Cuando el sistema presenta rendijas, los ciudadanos si buscan meter a sus representantes en el Congreso, como ocurrió con Alfredo Palacios en el distrito de La Boca a comienzos del siglo XX en la Argentina o con Harry Milk a principios de la década del ochenta en San Francisco, Estados Unidos.

<sup>49</sup> Barry Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution* (New York: Macmillan, 2009).

discusión en los Estados Unidos parece dar por sentadas o considera poco importantes. Esos son los vacíos *teóricos* y *empíricos* que señalaba en la introducción y a los que me referiré en lo que queda de esta sección.

## La sociología de las PDD

Una primera mirada que uno puede tener sobre las PDD es la mirada sociológica: estas prácticas de interpelación hacia el Estado por parte de movimientos sociales han sido sumamente estudiadas por la sociología tanto en los Estados Unidos como en América Latina. No se trata en este caso de un vacío a llenar sino de relaciones a trazar, entre la sociología y el derecho constitucional. Rubin señalaba en 2001 que los académicos del derecho en los Estados Unidos "parecen ignorar la extensa literatura científica sobre los movimientos sociales"<sup>50</sup>. Si bien hay claras diferencias de aproximación y enfoque, hay mucho por aprender de la literatura sobre movimientos sociales, ya que ella explica el origen, organización y desarrollo de los actores que interesan al CPD.

Los estudios sociológicos sobre las organizaciones *legales* se expandieron, principalmente, a partir de la consolidación del fenómeno del derecho de interés público desde la década del 50 en adelante<sup>51</sup>. Estos estudios buscan entender la forma en que los grupos de abogados activistas actúan: ellos recurren al derecho para obtener victorias y beneficios para los grupos que representan, que –no sorprendentemente– suelen ser los menos escuchados por el sistema representativo. Tal vez uno de los primeros estudios más relevantes en este sentido sea el trabajo de Scheingold<sup>52</sup>, quien analizó la forma en que los abogados de interés público buscaban promover el cambio social y consideró a los derechos que ellos invocaban como *recursos políticos*, siguiendo las perspectivas de las teorías sociológicas de movilización de recursos<sup>53</sup>. Otros trabajos han visto cómo los abogados construyen sus causas de *activismo*<sup>54</sup> y otros han indagado en cómo el derecho

---

<sup>50</sup> Edward L. Rubin, "Passing Through the Door: Social Movement Literature and Legal Scholarship", *University of Pennsylvania Law Review* 150 (2001): 1, 2.

<sup>51</sup> Joel F. Handler, *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change* (New York: Academic Press, 1978).

<sup>52</sup> Scheingold, *The Politics of Rights*.

<sup>53</sup> Doug McAdam, John D. McCarthy, y Mayer Zald, eds., *Comparative Perspectives on Social Movements: Political Opportunities, Mobilizing Structures, and Cultural Framings*, Cambridge Studies in Comparative Politics (Cambridge y New York: Cambridge University Press, 1996).

<sup>54</sup> Austin Sarat y Stuart A. Scheingold, *Something to Believe in: Politics, Professionalism and Cause Lawyering* (Palo Alto, California: Stanford University Press, 2005).

de interés público cuestiona ciertos postulados del campo jurídico entendido como *profesión legal*<sup>55</sup>.

El constitucionalismo democrático en los Estados Unidos se ha sostenido fuertemente en este tipo de investigaciones. La literatura sobre movimientos sociales ofrece la posibilidad de construir sobre bases sólidas nuestras miradas *jurídicas* sobre procesos sociales. Las posibilidades de incidencia que suponen las PDD ocurren en contextos específicos y de la mano de actores determinados, cuyos comportamientos, relaciones y estrategias pueden analizarse desde la mirada sociológica sobre los movimientos sociales *vis-à-vis* las peculiares características de la realidad que queremos analizar.

Intenté una aproximación de este estilo en un trabajo anterior<sup>56</sup>, donde analicé las estrategias jurídicas de la *Coalición por una Radiodifusión Democrática* en relación a la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Allí apliqué un modelo sociológico que analizaba los efectos que las estrategias de incidencia exitosas tienen sobre los movimientos sociales y las organizaciones que los lideran e integran. Ese breve artículo no requirió de un trabajo de campo específico: bastó con recurrir a literatura secundaria del campo de la sociología y la comunicación para arrojar una mirada *jurídica* sobre un movimiento que se planteó como objetivo principal modificar la forma en que el derecho a la información se ejerce en la Argentina. Creo que ese tipo de esfuerzos pueden replicarse en otros casos de PDD; también creo que mucho deberá emprenderse desde cero, por juristas con conocimientos de sociología o sociólogos con conocimiento de derecho o a través de colaboraciones entre ambos.

## Las PDD y la teoría política y del Estado

Otra mirada que parece relevante y a la que el CPD en Estados Unidos no se refiere particularmente es a la que vincula a las PDD con la teoría política. En efecto, si la descripción de las PDD que hice al comienzo de esta sección se sostiene, ellas son – esencialmente– acciones desde la *sociedad civil*, entendida como una esfera diferente al Estado y sus estructuras jurídicas<sup>57</sup>. Entender a las PDD en el marco de esa dicotomía

---

<sup>55</sup>Austin Sarat y Stuart A. Scheingold, *Cause Lawyering Political Commitments and Professional Responsibilities* (New York: Oxford University Press, 1998).

<sup>56</sup>Ramiro Álvarez Ugarte, “Una Mirada Desde Los Movimientos Sociales Al Pasado, Presente y Futuro de La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 14 (Julio 2013).

<sup>57</sup>Jean L. Cohen y Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory* (Cambridge Massachusetts: MIT Press, 1994).

abre el espacio para una reflexión teórica que, como señala O'Donnell, suele estar ausente en la academia legal de Estados Unidos<sup>58</sup>: la que permite pensar a las PDD de la mano de una teoría del Estado que se preocupe por sus distintas dimensiones. Esto tendría diferentes efectos en la construcción de un CPD latinoamericano.

En primer lugar, entender a las PDD dentro de la esfera de la sociedad civil permite una mirada particular sobre los distintos contextos de nuestros países, ya que los procesos de transición a las democracias experimentados desde la década del 80 estuvieron signados por un fortalecimiento estructural de esa esfera<sup>59</sup>. En este sentido, tiene sentido pensar a estas prácticas como parte de los procesos de democratización de nuestras sociedades.

En segundo lugar, una teoría del Estado permite tener una mirada más detallada sobre el tipo de relaciones que se establecen con el Estado, entendido éste como un conjunto complejo de actores, relaciones, burocracias, etcétera. En los trabajos del CPD en Estados Unidos esa mirada está presente; los trabajos sobre *departamentalismo* capturan por ejemplo ese carácter multidimensional del Estado. Pero en ocasiones las interacciones que se establecen entre la sociedad civil y las burocracias son idealizadas: nos encontramos con que el *pueblo* dialoga con *la corte* y algo de la complejidad de las interacciones se pierde en esa simplificación.

También es posible mirar –desde la teoría política– al vínculo entre agencia, estado y democracia, que fuera subrayado por Guillermo O'Donnell en uno de sus últimos trabajos<sup>60</sup>. Allí O'Donnell vincula al nacimiento de la democracia con el reconocimiento de agencia a cada uno de los individuos que forman parte de la comunidad, a quienes se les reconoce la capacidad de intervenir en el proceso político en condiciones de igualdad<sup>61</sup>. Esta "apuesta" por la agencia que realizan los regímenes democráticos fue precedida por un largo proceso de construcción de derechos subjetivos en el ámbito privado, que luego decantaron en derechos políticos en permanente expansión<sup>62</sup>. Si la agencia constituye un elemento central para entender la democracia, como sostiene

---

<sup>58</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 143, nota 209.

<sup>59</sup> Catalina Smulovitz, "El poder judicial en la nueva democracia argentina. El trabajoso parto de un actor", *Agora. Cuaderno de Estudios Políticos* 2 (1995): 97; Catalina Smulovitz y Enrique Peruzzotti, "Societal accountability in Latin America", *Journal of Democracy* 11, no. 4 (octubre 2000): 147; "Organizaciones que invocan derechos sociedad civil y representación en la Argentina", en *Sociedad Civil Y Democracia en América Latina: Crisis Y Reinención de La Política*, ed. Bernardo Sorj y Miguel Darcy de Oliveira (Rio de Janeiro: Ediciones Centro Edelstein: 2007), 13.

<sup>60</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*.

<sup>61</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 60.

<sup>62</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 51, 60.

O'Donnell, entonces prestar atención a los procesos de PDD –el *derecho a tener derechos*<sup>63</sup>– implica atender a uno de los principales motores de avances democráticos en el marco de la relación dialéctica que se establece entre ciudadanos y estados.

"El ejercicio individual y colectivo de interpelaciones dialógicas respaldadas legalmente, verticales y horizontales, es un aspecto fundamental de la democracia; estos son espacios donde ciudadanos/ agentes pueden deliberar acerca de temas de su interés, incluso cuestiones referidas a decisiones presentes en la agenda de estados y gobiernos. Desde esta perspectiva, un ciudadano/a es quien, portador de diversas identidades e intereses, está legalmente autorizado/a y respaldado/a para expresarse en esas redes de discurso y puede actuar en consecuencia. (...) Por cierto, estas redes se intersectan *con diversas instituciones y prácticas que a veces obstruyen su potencialidad, sobre todo en sociedades marcadas por profunda desigualdad y pobreza...*" (el destacado me pertenece)<sup>64</sup>.

El párrafo citado es significativo porque establece una conexión posible entre la preocupación por el vínculo entre agencia y democracia y el CPD. Pero también sugiere, como destacué en el párrafo anterior, un camino a seguir en la exploración de contextos diferentes marcados –como señala O'Donnell– por una profunda desigualdad y pobreza. Ello parece relevante para la reflexión sobre un CPD latinoamericano y constituye uno de los vacíos empíricos y teóricos que quería señalar.

Finalmente, otro aporte que puede ser útil se vincula con la cuestión del *pueblo* y el uso particular que a esa palabra se le da en el marco de sociedades desiguales, donde "lo que demandamos como miembros de un pueblo oprimido o excluido (...) evidencia clivajes e intereses en conflicto que los discursos homogeneizantes de la nación tienden a borrar"<sup>65</sup>. Esta mirada que ha sido tomada por autores que podrían estar interesados en la tarea de desarrollar un CPD latinoamericano<sup>66</sup> tiene un enorme desarrollo teórico en Laclau<sup>67</sup> y ha tenido una aparente influencia en procesos políticos recientes. Ello puede hacerla relevante para el desarrollo de un constitucionalismo latinoamericano atado a las discusiones locales y consciente de las diferencias de contexto entre los Estados Unidos y los países de América Latina. En este sentido, el discurso constitucional como elemento unificador que se verifica en los Estados Unidos<sup>68</sup> puede no estar presente –o estar presente con otras características– en los países de América Latina.

---

<sup>63</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*.

<sup>64</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 190–91.

<sup>65</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 123.

<sup>66</sup> Ricardo Sanín Restrepo, "Cinco Tesis Desde El Pueblo Oculto", *OXÍMORA Revista Internacional de Ética y Política*, no. 1 (Diciembre 2012): 10.

<sup>67</sup> Ernesto Laclau, *La Razón Populista* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006).

<sup>68</sup> Ver Siegel, "Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change", 1356.

## Conclusión

En este trabajo presenté una problemática que, desde mi punto de vista, es un buen punto de partida para entender al constitucionalismo popular o democrático: la distancia considerable que existe entre los ciudadanos y sus gobiernos, resultado de una decisión de los constituyentes originarios que todavía se percibe en nuestra Constitución y de una dificultad teórica que considero insalvable: el autogobierno colectivo necesita de algún tipo de representación para ser factible en una sociedad moderna.

Las políticas de derechos (PDD) son prácticas de nuestra democracia que ocurren por fuera del sistema representativo pero lo tienen como principal foco de atención. Ello se explica por la dialéctica entre estados y ciudadanos documentada en numerosos casos de estudio. Pero el derecho constitucional ha prestado atención a este fenómeno sólo recientemente. Durante mucho tiempo, los constitucionalistas se concentraron en analizar el funcionamiento de las estructuras estatales y relegaron a los ciudadanos al lugar de votantes casi pasivos.

Los ciudadanos, sin embargo, rechazaron de manera consistente ese rol y se organizaron de diversas maneras para postular demandas e impactar en la agenda pública a través de diversos mecanismos que implicaron, muchas veces, el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, reunión y asociación<sup>69</sup>. Muchos de los derechos conseguidos a través de las PDD son el resultado de procesos de lucha, que explican, justifican y sostienen al reconocimiento legal finalmente alcanzado<sup>70</sup>.

La tarea de desarrollar un constitucionalismo popular *latinoamericano* se enfrenta, sin embargo, a enormes dificultades.

Uno, los constitucionalistas norteamericanos pecan de un excesivo provincialismo a la hora de sus análisis y recurren a conceptos con significados unívocos cuya traducción a otros contextos es problemática. Pensemos, por ejemplo, en la forma unívoca en que utilizan el término *pueblo*. Desde este punto de vista, esos trabajos funcionan como una ayuda que resulta insuficiente para pensar en contextos distintos al que los inspiró en un primer momento. Se trata de una herramienta que podemos tomar prestada pero, al hacerlo, debemos ser conscientes de que la vamos a utilizar de un modo diferente al que la pensaron quienes la diseñaron en un primer momento. Si vamos a seguir ese camino, debemos introducir cambios a la herramienta: ofrecerle *complementos* que nos sirvan para

---

<sup>69</sup> O'Donnell, *Democracia, Agencia y Estado*, 69.

<sup>70</sup> Cohen y Arato, *Civil Society and Political Theory*, 441.

abordar cuestiones que el CPD no aborda o desprenderla de *anclajes* que no nos sirven en nuestro contexto.

Dos, las diferencias en términos de *regímenes democráticos* que es posible encontrar entre las poliarquías funcionales del Noroeste y las democracias delegativas de América Latina deben necesariamente impactar en la forma en que pensamos a un constitucionalismo preocupado por la participación de los ciudadanos en el proceso político. ¿Creemos que si miramos a las PDD con atención vamos a encontrar el mismo tipo de dinámicas en un contexto de presidencialismo más o menos limitado que en uno de hiperpresidencialismo y sistema delegativo?

Tres, el constitucionalismo norteamericano idealiza ciertas prácticas o las reconstruye porque la reforma constitucional es prácticamente imposible. En América Latina ello no es así. Un constitucionalismo preocupado por la participación del pueblo en los asuntos públicos debería enfocar su atención en posibles reformas constitucionales e innovadores diseños institucionales. No tiene sentido arrastrar ataduras si no estamos obligados a ello, y creo que en América Latina se puede pensar en esas innovaciones institucionales que no están disponibles en los Estados Unidos.

Considero que los puentes que sugerí en relación a la sociología de los movimientos sociales y a la teoría política servirán para enfrentar los desafíos que supone el desarrollo de un CPD con una perspectiva latinoamericana. Quedaron afuera de mi enumeración otras tareas pendientes, como el desarrollo de una teoría de los derechos capaz de encajar en las prácticas de las PDD, la necesidad de explicar el por qué de los derechos ante los ataques de los estudios críticos o la reflexión que el CPD exige en términos de teoría del derecho. Estas tareas no parecen, sin embargo, tan urgentes como las que subrayé: la necesidad de llenar los vacíos *empíricos* que supone la falta de una mirada sociológica sobre las PDD vernáculas y los vacíos *teóricos* que nos impone el particular contexto latinoamericano frente a teorías pensadas en y para los Estados Unidos. No he dicho cómo llenar esos vacíos: sólo sugerí que es necesario pensar en formas de hacerlo.

Todo esto tiene sentido si queremos efectivamente buscar una alternativa que nos permita mirar la realidad latinoamericana desde un punto de vista preocupado por la igualdad en un sentido amplio, que no se preocupa sólo por acortar las brechas de la desigualdad material sino que vea en la igualdad política un camino efectivo para abordar las desigualdades materiales. Esta empresa debe enfrentarse a obstáculos vinculados al

pensamiento jurídico latinoamericano, a nuestras propias prácticas políticas y a las dificultades teóricas de las fuentes a las que recurrimos en búsqueda de inspiración.

En efecto, desde mi punto de vista la mirada que propongo es contraria al pensamiento *progresista* expresado en el llamado *neoconstitucionalismo* que pone una fe excesiva en el poder judicial como espacio para la protección y la defensa de los derechos. Por supuesto, hay un espacio para tender puentes con esta tradición. Pero una mirada preocupada por la igualdad debería valorar el rol *político* de los derechos, algo que las miradas jurídicas puras o *juriscéntricas*<sup>71</sup> no hacen.

La mirada que propongo es también contraria a los procesos políticos *populistas* que en la última década se han consolidado en numerosos países de la región. Ello debido que las dinámicas de estos procesos políticos suelen generar enormes tensiones con los movimientos sociales que los sostienen. Asimismo, si bien estos sistemas políticos pueden disminuir la desigualdad<sup>72</sup> o la pobreza estructural, es perfectamente posible que ello ocurra de un modo paternalista que asigne a los ciudadanos el rol secundario de aceptar o rechazar los liderazgos fuertes, en una lógica plebiscitaria. Ello niega la igualdad política que la mirada que propongo como valiosa busca rescatar.

Finalmente, la tarea de construir un CPD en América Latina debe enfrentarse a las limitaciones que las propias teorías del CPD revelan. Estas son múltiples, pero pongamos por ahora sólo un ejemplo: el rechazo más o menos radical de algunos teóricos del CPD al control judicial de constitucionalidad es incompatible con las prácticas políticas ciudadanas experimentadas durante nuestros procesos de transición en América Latina. Si vamos a tomar a estas teorías como punto de partida, no podemos compartir sus puntos de llegada porque los contextos son sustancialmente diferentes. Si de lo que se trata es de poner en valor lo que los ciudadanos hacen con sus constituciones, el primer paso es prestar atención a lo que efectivamente hacen. Y en América Latina gran parte del activismo *de derechos* que nace desde la sociedad civil tiene a los tribunales como principal espacio de interpelación al Estado. No se trata de liderar cambios, sino de interpretar prácticas extendidas y pensarlas en función de un constitucionalismo más democrático, preocupado por hacer realidad el desafío del autogobierno colectivo.

---

<sup>71</sup> Cover, "Foreword".

<sup>72</sup> Aunque según datos del Banco Mundial, todos los regímenes políticos en América Latina están disminuyendo la pobreza de un modo significativo. Ver Banco Mundial, *Shifting Gears to Accelerate Shared Prosperity in Latin America and Caribbean* (The World Bank, Junio de 2013). Es otro dato a tener en cuenta a la hora de evaluar a distintos regímenes de acuerdo al criterio de reducción de desigualdades materiales.

## Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni

*Roberto Gargarella*

### **Resumen**

El artículo se propone examinar algunas ideas centrales en el pensamiento del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en materia del castigo penal, y en relación con el papel que le corresponde desempeñar al juez en dicho respecto. Los aspectos seleccionados de la obra de Zaffaroni –sólo unos pocos dentro de la vasta y compleja obra del autor- son examinados críticamente, desde una perspectiva propia de la filosofía política republicana, esto es, desde una concepción teórica que pone el acento en los ideales del autogobierno, la comunidad y la integración social.

### **Palabras clave**

Castigo penal – republicanismo – democracia

### **Abstract**

This article proposes to examine some of the main ideas in the thought of Professor Eugenio Raúl Zaffaroni in the field of criminal law punishment, and in relation to the role the judge has to play in that matter. The selected aspects of the work of Zaffaroni –only a few from the author’s vast and complex work– are critically examined, from a republican political philosophy’s point of view, this is, from a theoretical conception that accents ideals of self-government, the community and social integration.

### **Key words**

Criminal punishment – republicanism – democracy

## 1. Introducción

En este escrito me propongo examinar algunos criterios que resultan centrales en el análisis que hace el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni sobre el castigo penal, y el papel que le corresponde desempeñar al juez en dicho respecto. Mi trabajo se concentrará en unos puntos muy específicos dentro del vasto e importante trabajo del profesor argentino y por lo tanto no pretenderá dar cuenta de –ni podrá hacer justicia a– toda su filosofía penal. El punto de vista por el que voy a optar en mi análisis, es el propio de la filosofía política republicana<sup>1</sup>. Dicha opción no es azarosa: entiendo que el republicanismo penal, con su énfasis en los valores de autogobierno, comunidad e integración social, ofrece una mirada renovada, interesante y crítica sobre viejos temas relacionados con el derecho penal. De acuerdo a lo anterior, procederé en mi análisis, del siguiente modo: en primer lugar, caracterizaré brevemente a la mirada republicana, y mostraré las implicaciones de la misma en materia de derecho penal; en segundo lugar, examinaré de qué modo dicho punto de vista nos ayuda a leer críticamente algunos aspectos muy relevantes dentro del pensamiento penal de Raúl Zaffaroni.

## 2. Republicanismo y derecho penal<sup>2</sup>

Una preocupación inicial y saliente dentro del republicanismo cívico es la que se vincula con el autogobierno colectivo. El republicanismo toma como ideal regulativo el de que la comunidad se autogubierne, que no sea dominada por ninguna comunidad vecina. Se pretende la auto-determinación y se rechaza cualquier imposición externa, cualquier “dominación” que se intente imponer o establecer en contra de la voluntad de los propios afectados. Este tipo de preocupaciones no resultan inocuas en términos normativos desde el momento en que se encuentran íntimamente atadas a ciertos requerimientos normalmente descuidados por la teoría social. Ante todo, respetar el ideal del autogobierno exige un nivel significativo de compromiso de los ciudadanos con la suerte de su comunidad. Adviértase que, por ejemplo, desde el liberalismo –una concepción muchas veces vista como rival del republicanismo– la nota dominante es la defensa de la autonomía individual. De allí que –conforme con los liberales– si una mayoría de individuos prefiriese adoptar una actitud

---

<sup>1</sup> Dado que son tantos los momentos y los autores que aparecen vinculados con el republicanismo, en ocasiones se hace difícil distinguir cuáles son, en efecto, los contornos de dicha teoría. Por ello, en lo que sigue voy a apoyarme en una versión posible del republicanismo –el “republicanismo cívico”– que, estimo, no deshonrará a las lecturas que comúnmente se hacen de dicha postura. Al respecto, y en particular, ver: Cass Sunstein, “Beyond the Republican Revival”, *The Yale Law Journal* 97, no. 8 (julio, 1988): 1539, o Cass Sunstein, “Interests Groups in American Public Law,” *Stanford Law Review* 38, no. 1 (noviembre, 1985): 29.

<sup>2</sup> Tomo parte de esta sección de Roberto Gargarella, “Los desafíos republicanos a la represión penal”, en *De la injusticia penal a la justicia social*, Roberto Gargarella (Bogotá: Siglo del Hombre, 2008), 149.

despreocupada respecto de los asuntos públicos, ello no merecería ser reprochado: se trataría, simplemente, de la respetable preferencia de una mayoría de individuos. De modo más extremo aún, el conservadurismo defiende y alienta la baja intervención cívica de la ciudadanía, asumiendo que un involucramiento masivo y activo de la ciudadanía en la decisión y control sobre los asuntos públicos, implicaría una presión indebida sobre la clase dirigente, o una “sobre-carga” de demandas sobre el sistema político. Este tipo de perspectivas e implicaciones resultan inaceptables para el republicanismo, desde el momento en que implican socavar las posibilidades del autogobierno colectivo.

La afirmación del ideal del autogobierno, por otro lado, ofrece también pautas relevantes en lo que hace a cómo (re-)organizar las instituciones políticas de la sociedad. En efecto, el orden republicano requiere de instituciones favorables al autogobierno: ellas no sólo deben estar abiertas a la intervención cívica, sino además alentar esta actitud de parte de la ciudadanía. Contemporáneamente, muchos republicanos, defienden así el establecimiento de instancias de decisión descentralizadas; o la creación de foros públicos destinados a alentar el debate colectivo sobre cuestiones de interés común. Criterios como éstos, sin duda, vuelven a diferenciar al modelo de organización republicana de otros alternativos más propios de la época en que vivimos.

Conviene prestar atención a los posibles alcances de lo dicho, ya que la adopción de una postura republicana tendría impacto no sólo en el modo de pensar y evaluar las instituciones políticas, sino también en el modo de concebir los derechos individuales. En efecto, según viéramos, subyace en el republicanismo una honda preocupación acerca del carácter de las personas: los ciudadanos deben distinguirse por ciertas cualidades de carácter o virtudes personales. La presencia de determinadas virtudes cívicas (vinculadas con la honestidad, el compromiso, la solidaridad) resulta clave para quienes están interesados en la consecución de una comunidad autogobernada. Y el logro de este escenario requiere de una actitud, nuevamente, activa de parte del Estado: el Estado debe involucrarse en el “cultivo” de dichas virtudes<sup>3</sup>, lo cual representa, sin dudas, una posibilidad amenazadora para quienes defienden una idea robusta acerca de los derechos. Aquí dejaríamos de lado o desplazaríamos en parte el ideal liberal conforme al cual los derechos representan barreras infranqueables para la autoridad pública –“cartas de triunfo” en manos de los individuos. De lo que se trata, obviamente, no es de “imponer por la fuerza” planes de vida, sino de realizar, de forma más consciente y explícita, lo que nuestras sociedades hacen por otros medios y sin estridencia:

---

<sup>3</sup> Michael Sandel, *Democracy's Discontent* (Cambridge: Harvard University Press, 1996).

promover concepciones del bien más vinculadas –en este caso– con la “vida política;” alentar, antes que desalentar (como hacen nuestras sociedades) los planes de vida más relacionados con la intervención cívica en los asuntos comunes.

Consecuencias similares pueden derivarse, también, del énfasis republicano en la integración social: no puede esperarse un compromiso de los ciudadanos con la suerte de sus pares si no existe una comunidad integrada, en donde todos se reconocen como iguales, y se sienten ligados por un destino común. Otra vez, enfatizar la idea de la integración social no nos lleva, ni debe llevarnos a pensar en sociedades homogéneas, ni mucho menos en ámbitos de pensamiento social unificado. De lo que se trata es de reconocer la relevancia no sólo de la inclusión social (de la mera agregación), sino también de asegurar la extensión y la solidez del entramado social que nos mantiene juntos, que hace que cada uno se reconozca en los demás, y se sienta vinculado con el destino de sus pares. Finalmente (y ésta puede ser otra forma de aproximarse al mismo punto), el republicanismo pone el acento en el valor de la *igualdad* –que obliga a que el Estado nos trate con idéntica consideración y respeto; tanto como en la existencia de ciertos *deberes públicos* –deberes de los individuos hacia la sociedad que los cobija– deberes que tienden a compensar el sobre-acento que el liberalismo suele colocar en la idea de derechos individuales<sup>4</sup>.

### **3. Republicanismo penal: Sobre los modos de construcción del derecho penal**

¿Qué implicaciones tendría para el derecho penal la adopción de una teoría política como la republicana?<sup>5</sup> No es fácil responder a esta pregunta aunque, recientemente, ha habido algunos intentos importantes de explorar precisamente las relaciones existentes entre el republicanismo y el derecho penal, como el propuesto por los profesores John Braithwaite y Philip Pettit<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Quentin Skinner, “The Paradoxes of Political Liberty”, en *The Tanner Lectures on Human Values* (vol. vii), comp. Sterling M. McMurrin (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), 225.

<sup>5</sup> De la interesante literatura que puede dar cuenta del tema, puede verse, por ejemplo, Samantha Besson y José Luis Martí, eds., *Legal Republicanism* (Oxford: Oxford University Press, 2009); Richard Dagger, “Republicanism and Crime”, en *Legal Republicanism*, eds. Samantha Besson y José Luis Martí (Oxford: Oxford University Press, 2009), 147; Antony Duff, *Punishment, Communication, and Community* (Oxford: Oxford University Press, 2001); Tony F. Marshall, *Restorative Justice: An Overview* (London: Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999); Philip Pettit, “Republicanism Theory and Criminal Punishment”, *Utilitas* 9, no. 1 (marzo, 1997): 59 y Philip Pettit, *Republicanism: a theory of freedom and government* (Oxford: Oxford University Press, 1997); Lode Walgrave, “Restorative Justice and the Republican Theory of Criminal Justice: An exercise in normative theorizing on restorative justice”, en *Restorative Justice: Philosophy to practise*, eds. Heather Strang y John Braithwaite (Burlington: Ashgate, 2000), 165.

<sup>6</sup> Ver sobre todo John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law* (Oxford: Clarendon Press, 1990), que cuenta con una traducción al castellano publicada por la editorial Siglo.

Una teoría republicana, preocupada por la auto-determinación y la integración social, quiere que las normas que rijan en la comunidad sean escogidas por esa propia comunidad. De todos modos, la afirmación del autogobierno no implica decir que cualquier norma originada en una cierta comunidad jurídica resulta, en principio, y por ello mismo, incuestionable: lo será, en todo caso, en la medida en que sea el resultado de un acuerdo comunitario profundo. El republicanismo valora el acuerdo colectivo, entendido a la luz de una noción como la que defendiera Rousseau acerca de la “voluntad general”: lo que importa saber es si todos se sienten como co-legisladores, como co-autores de las normas que rigen sus vidas<sup>7</sup>. Y ello, muy especialmente, en un área como la del derecho penal, en donde se evidencia cuáles son las conductas que la comunidad está dispuesta a reprochar, en ocasiones, a través de penas severas<sup>8</sup>.

En sintonía con los criterios anteriores, el republicanismo tiende a defender un derecho penal menos coercitivo e intrusivo, más interesado en el reproche que en el castigo, y más preocupado, finalmente, por la modificación de pautas de comportamiento y por la integración social. Se asume aquí como un mal la posibilidad de que el Estado aparezca como un mero agente represivo, desvinculado de la sociedad civil, y orientado con los fines que le impone una burocracia, una elite política, o ciertos grupos de presión económicamente poderosos. La idea, más bien, es que las normas no constituyan un producto respecto del cual los ciudadanos se consideren ajenos –un producto respecto del cual la comunidad se encuentre alienada: las normas deben hallarse internalizadas en la ciudadanía. Los ciudadanos deben comprender y aceptar el contenido de esas normas, y no ser meras víctimas o testigos de las mismas. Ellos, finalmente, deberán rehusarse a cometer conductas reprochables porque reconozcan en ellas formas de comportamiento injusto, y no por un mero cálculo de costos y beneficios a partir

---

XXI. Una buena introducción en castellano en Juan González Bertomeu, “Aportes para la discusión de una teoría del castigo: el enfoque republicano de Philip Pettit y John Braithwaite”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica* 7, (2006), disponible en [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=1714&id\\_item\\_menu=3558](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=1714&id_item_menu=3558). Ver también John Braithwaite y Philip Pettit, “Republicanism and Restorative Justice: An Explanatory and Normative Connection”, en *Restorative Justice: Philosophy to practise*, eds. Heather Strang y John Braithwaite (Burlington: Ashgate, 2000); John Braithwaite y Philip Pettit, “Republican Criminology and Victim Advocacy: Comment”, *Law & Society Review* 28, no. 4 (1994): 765-776; John Braithwaite, “Restorative Justice and Social Justice”, *Saskatchewan Law Review* 63, no. 1 (septiembre, 1991): 185.

<sup>7</sup> La visión democrática que de aquí se desprende no necesita afirmar, en cambio, los componentes “homogeneizadores”, antes que pluralistas, que habitualmente se asocian al pensamiento de Rousseau. Es justamente en razón de las condiciones de “razonable pluralismo” que existen en nuestras sociedades, que se torna más necesario el debate inclusivo, entre iguales, acerca de las cosas que más nos importan: necesitamos ponernos de acuerdo sobre todo, y mucho más sobre cuestiones que refieren al uso de los medios coercitivos a cargo del Estado.

<sup>8</sup> La teoría “consensualista” de la pena, desarrollada por Carlos Nino, tiene indudables contactos con esta postura. Ver, por ejemplo, Carlos Nino, *Los límites de la responsabilidad penal* (Buenos Aires: Astrea, 1980) y Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989).

del cual reconozcan la gravedad de la sanción que se les promete.<sup>9</sup>

Este acuerdo colectivo en torno a las normas que se van a aplicar sobre cada uno de los integrantes de la sociedad, será acreedor de un mayor respeto en la medida en que el mismo –como diría John Rawls– sea más amplio y más profundo<sup>10</sup>. Esto es, el acuerdo ganará en valor y justificación en la medida en que abarque a más personas y tenga más que ver con las convicciones más asentadas de las mismas. Esta preocupación por la calidad de los acuerdos que se celebran ha llevado a muchos autores cercanos al republicanismo a poner la atención en los procedimientos *deliberativos* de toma de decisiones. Conforme con esta noción deliberativa, una decisión imparcial, para serlo, requiere de un proceso previo de discusión. Esta discusión debe reunir ciertas características básicas: debe ser abierta; debe incluir a todas las personas potencialmente afectadas por la decisión que va a tomarse; debe basarse en una previa provisión de toda la información relevante; debe garantizar la expresión de los distintos puntos de vista existentes en la comunidad (y, muy especialmente, la expresión de las voces más críticas); debe asegurar que todos los argumentos desechados lo sean a partir de una justificación adecuada y debe concluir con una decisión fundada en razones públicamente aceptables. Por supuesto, estas exigencias son de muy difícil consecución en sociedades como la nuestra. Sin embargo, ellas marcan un ideal regulativo que se sugiere alcanzar para fortalecer la respetabilidad de las normas legales vigentes: cuanto menos se cumplan las exigencias hasta aquí definidas, menores razones habrá para adherir al derecho vigente, y para esperar el respeto pleno del mismo.

La idea que mueve a una estrategia como la descrita, en definitiva, es la de quitarle al Estado una buena porción del poder represivo que aún hoy –y cada vez más– atesora para sí. La idea es devolverle a la comunidad parte de ese poder, actualmente expropiado, de modo tal que los centros básicos de socialización adquieran o recuperen un papel central en la práctica del control penal: la tarea del control, así, en parte se atomiza y en parte resulta disuelta. Los republicanos ven como necesaria esta mayor participación de los órganos comunitarios, entre otras razones, porque el trabajo de los mismos promete favorecer la internalización del reproche público por parte del victimario. Al republicano le interesa más

---

<sup>9</sup> En la defensa de su teoría “consensualista” de la pena, Carlos Nino parecía reproducir algunas de aquellas básicas preocupaciones republicanas. Así decía, por ejemplo, que “[la] imposición a un individuo de un deber, carga o sacrificio socialmente útil o beneficioso para un tercero está *prima facie* justificada si es consentida por aquél en forma libre y consciente.” Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos*, 455. El agente, además, “debe prever esa consecuencia [el reproche penal] como un efecto necesario de su acto (o estar dispuesto a actuar lo mismo en el caso en que lo previera como necesario) y no como un efecto meramente posible.” Carlos Nino, *Ética y Derechos Humanos*, 456. Ver también John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, 86 en adelante.

<sup>10</sup> John Rawls, *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993).

este autorreconocimiento de que se ha cometido una falta, que el castigo de la misma; la reintegración del que ha delinquido, más que su aislamiento respecto del resto de la sociedad. En tal sentido –podría aventurarse– tiende a desalentar tanto las penas que impliquen un castigo físico, como las que impliquen el cercenamiento de la libertad, frente a otras vinculadas, por caso, con las compensaciones que pueda hacer el victimario hacia la comunidad o la víctima del delito<sup>11</sup>.

Por supuesto, necesitamos todavía recorrer un largo camino –teórico y práctico– antes de poder reconocer con precisión de qué modo podría ponerse en marcha el proyecto penal republicano, en sociedades como la nuestra. Ello no obsta, sin embargo, a que tomemos los principios básicos que esta concepción propone (su énfasis en la integración social, la intervención estatal, el cultivo de virtudes cívicas, la participación ciudadana en la decisión de los principales temas de la agenda pública; etc.), como conformando un ideal regulativo capaz de ayudarnos a reflexionar críticamente sobre las concepciones penales dominantes en nuestra sociedad, o en nuestra comunidad académica. Ésta es, finalmente, la tarea que voy a emprender de aquí en más: utilizar a la teoría penal republicana como punto de mira desde donde pensar y evaluar una concepción penal particular, como la avanzada por Raúl Zaffaroni.

#### **4. Crítica a las respuestas penales excluyentes: La teoría de Zaffaroni**

La crítica republicana es especialmente poderosa, según entiendo, frente al tipo de respuestas excluyentes que resultan dominantes en ámbitos como el nuestro. Dicha crítica no excluye a respuestas más atractivas, como las que provienen del trabajo del profesor Raúl Zaffaroni, es decir, respuestas que frente a la pena, pretenden “limitarla y...limitar su violencia”<sup>12, 13</sup>.

La de Zaffaroni es, sin dudas, una de las miradas más interesantes que pueden encontrarse en Latinoamérica sobre la pena. Por ello mismo, resulta especialmente importante advertir de qué modo su postura se separa de la que el republicanismo sostiene: tanto por lo que propone como por lo que no propone.

En su *Tratado de derecho penal*, Zaffaroni defiende una posición agnóstica sobre la pena<sup>14</sup>. Defender una posición agnóstica significa, en este caso, resistir la vasta mayoría de

<sup>11</sup> Así, en John Braithwaite y Philip Pettit, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*.

<sup>12</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas: legitimación y dogmático jurídico-penal* (Buenos Aires: Ediar, 2003), 282.

<sup>13</sup> Tomo parte de esta sección de Roberto Gargarella, “Mano dura sobre el castigo, I” *Nueva Doctrina Penal* 2 (2007): 451-473.

<sup>14</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 1988).

doctrinas “justificadoras” de la pena, que dominan el escenario criminológico. De un modo u otro, nos diría Zaffaroni, todas ellas buscan proveer de racionalidad, sentido y finalmente legitimidad a la pena.

Para Zaffaroni, en cambio, la pena es “irracional” y proviene de un “hecho de poder violento más amplio,” por lo cual “se impone la necesidad de extremar el esfuerzo jurídico por limitarla.”<sup>15</sup>. Para llegar a tal conclusión, Zaffaroni sigue el camino inverso del que se proponen la mayoría de los tratadistas con los que discute: en lugar de partir de una concepción abstracta acerca de cómo podría o debería funcionar la pena en condiciones ideales, él parte de la cruda descripción del funcionamiento de nuestros sistemas penales actuales, aquí y ahora. Y lo que encuentra es –no hay sorpresa en ello– un sistema violento, que discrimina, castiga sin razones, y sobre todo, *selecciona* a sus víctimas, de forma tal de terminar utilizando la fuerza, fundamentalmente, contra los grupos más débiles o vulnerables de la sociedad.

Dicho proceso de selección encarado por el sistema penal, conforme a Zaffaroni tiene a dos actores fundamentales. Por un lado, a las agencias policiales, y por el otro, a las agencias judiciales. A las primeras, Zaffaroni las describe como son, o suelen serlo en una mayoría de nuestras sociedades: un poder verticalizado, violento, jerárquico, militarizado, burocrático, dispuesto livianamente a utilizar su fuerza contra los más pobres (“gatillo fácil”), y fuertemente vinculado con la producción del crimen. A las agencias judiciales, en cambio, Zaffaroni las presenta más cerca de lo que pueden o deben ser: una agencia consciente de la selectividad propia del sistema penal, que procura resistir tales sesgos (por caso, a través de la utilización de categorías tales como las de la insignificancia o la vulnerabilidad), que se orienta a dotar de racionalidad a un proceso marcado por la irracionalidad, que resiste los impulsos autoritarios del sistema, que limita la represión penal fogoneada desde las empresas mediáticas; que establece barreras frente al poder punitivo estatal. En dicho proceso –reconoce Zaffaroni– la agencia judicial admite el uso de la coerción penal en casos muy localizados, circunscriptos, en donde el uso de la fuerza estatal aparece como más racional o menos cuestionable. Se trata de concesiones que realiza el poder judicial con el objeto, finalmente, de no terminar deslegitimado, aplastado bajo el avance arrollador del Estado policial y represivo (es lo que ocurriría –predice– si la justicia no hiciera este tipo de concesiones). Para definir el papel que le toca jugar a la justicia en tales casos, Zaffaroni recurre a la famosa imagen de la Cruz Roja, que en medio de una guerra no legitima el uso de

---

<sup>15</sup> Raúl Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 282.

la fuerza, sino que procura minimizar los daños que la guerra provoca (examinaré con detenimiento esta metáfora, más adelante).

La idea de Zaffaroni es, en definitiva, que la agencia judicial extreme esos esfuerzos dirigidos a minimizar el uso de esa maquinaria de violencia activada por el Estado, particularmente en protección de aquellos en “posición o estado de vulnerabilidad”<sup>16</sup>. Actuando de este modo, y sólo en ese caso, puede decirse que el poder judicial se comporta racionalmente. En sus términos, “en la pugna ética de la agencia judicial por poner límites a la irracionalidad del hecho de poder con que se enfrenta, es racional que ésta se dedique con mayor interés a limitar la violencia que se ejerce sobre las personas que menores aportes han hecho al reforzamiento de la misma violencia de que son objeto”<sup>17</sup>.

## **5. La teoría de Zaffaroni frente al republicanismo: ¿Castigo para favorecer al castigado?**

La respuesta republicana, fundamentalmente crítica frente a posturas como las que objeta Zaffaroni, también se diferenciaría de la que sostiene el profesor argentino. Por un lado, el republicanismo penal no propone la minimización de la violencia o el retiro del Estado, sino contribuir a la integración social de los vulnerables del sistema, y el fortalecimiento de los vínculos interpersonales. Para el republicanismo, el aparato estatal en su totalidad –todas sus agencias– debe comprometerse directamente con dicho objetivo. Desde este punto de vista, un poder judicial/penal que propicia el retiro estatal no cumple apropiadamente con su tarea. Lo que al juez debe interesarle no es dejar en libertad al más vulnerable, levantando o minimizando la persecución penal sobre los individuos o grupos más estereotipados o marginados. No basta, desde el punto de vista del republicanismo, con echar de nuevo a la calle a aquel que en la calle suele estar –y, previsiblemente, volverá a ser– perseguido y marginado (siendo, a la vez, inaceptable retenerlo en prisión ante la presencia de este riesgo –un reclamo que conviene anticipar, en razón del tipo de jurisprudencia auspiciada, conforme veremos, por el profesor argentino). De lo que se trata es de bloquear la posibilidad de que siga siendo perseguido o tratado como un marginado social. Se asume, por lo demás, que los funcionarios judiciales tienen suficientes poderes como para intervenir en dichos casos impulsando, desde su particular lugar, medidas integrativas. Por caso, el juez que decide no

---

<sup>16</sup> Ello, frente a un derecho que suele cargar su violencia, especialmente, frente a tales personas, “seleccionadas” “por su sola pertenencia a una clase, grupo, estrato social, minoría, etc.” Raúl Eugenio Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 277.

<sup>17</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 282; también en Raúl Eugenio Zaffaroni, *El enemigo del derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 2006), 167.

criminalizar a los droga-dependientes actúa de modo apropiado, a la luz del brutalismo penal que elige encerrar a aquellos. Sin embargo, desde el punto de vista republicano, su accionar es reprochable porque actuando de ese modo se convierte en cómplice de una maquinaria a la que, finalmente, alimenta y ayuda a mantener funcionando. En una mayoría de casos –pienso en los sectores de jóvenes socialmente marginados que encuentran en el consumo de estupefacientes un último refugio frente a una sociedad que los ha expulsado– la mera devolución del individuo a la calle sólo implica volver a reiniciar el ciclo represivo, y no ayudar a ponerle término. En dichos casos, la libertad dispuesta judicialmente es elemento necesario, pero en absoluto suficiente, de la respuesta reclamada por el republicanismo.

De todos modos, mi impresión es que lo que aquí está en juego son diferencias todavía mayores entre el republicanismo y propuestas como las sugeridas por Zaffaroni, a pesar de que desde ambos tipos de posturas se podrían avanzar críticas comunes frente a la mayoría de las teorías que hoy circulan en el área penal. La postura de Zaffaroni resulta dependiente de una concepción histórico-sociológica particular, que deja al poder judicial enfrentado a limitaciones extraordinarias, que sólo le permitirían circunscribir, antes que desactivar, el aparato de la violencia ilegítima vigente. Así, Zaffaroni ve tan limitado el margen de acción de la justicia que, para él, las agencias judiciales no pueden sino comprometerse con el derecho represivo existente, y administrar “racionalmente” dicha represión, aún cuando sus integrantes deban ocuparse de minimizar esos poderes represivos en la medida en que puedan, y aún cuando no lleguen nunca a justificar argumentativamente la violencia que finalmente aplican. Más gravemente aún, Zaffaroni considera que, actuando de ese modo, los jueces se comportan éticamente. Quisiera adelantar que, desde la particular postura que aquí se defiende, jamás puede considerarse moral ni jurídicamente aceptable un accionar judicial que implique la aplicación, aún en dosis módicas, de violencia injustificada. Para Zaffaroni, “[l]a necesidad [...] obliga a la agencia judicial a pautar el máximo de intensidad que puede tolerar en ejercicio de su responsabilidad criminalizante conforme a un orden prioritario que atienda al nivel de culpabilidad por la vulnerabilidad de cada persona seleccionada por el poder de las restantes agencias del sistema penal, lo que confiere éticidad a su decisión sin que implique reconocérsela a la violencia reproductora que no tiene poder para eliminar”<sup>18</sup>.

La “necesidad” de la que habla Zaffaroni tendría su origen, especialmente, “en las “restantes agencias y, en especial, el formidable aparato de propaganda del sistema penal con su invención de la realidad” que –en caso de que los jueces se excedieran de los márgenes

---

<sup>18</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 284 (destacado en el propio original).

permitidos— “se ocuparían de aniquilar a la agencia y a sus legítimas tentativas limitadoras, apuntalando su ejercicio de poder deslegitimado y poniendo en peligro toda la empresa judicial de limitación de la violencia”<sup>19</sup>. Y la presión externa sobre los jueces sería tan grave que convertiría en éticamente irreprochable aún la decisión del juez de mantener encerrado a alguien “más allá del límite indicado por su esfuerzo por la vulnerabilidad” (es decir, por su culpabilidad), si es que el juez cree que existe un grado muy alto de probabilidades que esa persona sea “ejecutada por alguna agencia del sistema penal” (i.e., una policía descontrolada) —una posibilidad que él considera “realidad operativa de nuestros sistemas penales”<sup>20</sup>.

Este mundo judicial, en donde los magistrados cotidianamente aplicarían un derecho injusto, impondrían violencia (con criterios de selectividad renovados) y podrían llegar a disponer privaciones de la libertad aún más extensas que las establecidas por esa normativa injustificada, resulta ajeno al mundo imaginado por el republicanismo. En dicha situación de “necesidad” extrema, el juez republicano debería directamente confrontar la legislación vigente, en lugar de hacer más tolerables, humanos o contenidos los niveles de esa injusticia. En particular, si fuera cierta la descripción del derecho penal que autores como Zaffaroni podrían proponer —el derecho penal como derecho violento, irracional e ilegítimo— luego, la obligación del juez no podría ser nunca la de aplicar dosis moderadas de ese derecho violento, irracional e ilegítimo. En tal caso, la obligación del juez no podría ser otra que la de dejar absolutamente de respaldar ese derecho, para aplicar, en todo caso, otras medidas no contaminadas de esa inaceptable injusticia. En tal sentido, la respuesta favorable al mantenimiento de niveles bajos de coerción estatal resulta llamativa y en principio implausible. Ello así, *como si luego de identificar a la tortura, apropiadamente, como una aberración jurídica, aceptáramos aplicar dosis moderadas de tortura: frente a la tortura, la única respuesta estatal razonable es la de su rechazo incondicional*. Mucho más si —como nos ocurre— tenemos a mano formas de reproche no excluyentes, no represivas y eficientes, como las vinculadas con la justicia restaurativa, medidas que (por más que merezcan reparos y mayores reflexiones) están desvinculadas de los irreparables, demoledores defectos que podemos asociar con el derecho penal actualmente existente.

La idea de que un juez deba mantener encerrado a alguien “más allá del límite indicado por su esfuerzo por la vulnerabilidad” si el juez cree que esa persona pueda ser “ejecutada por alguna agencia del sistema penal” (una idea que es, desde el punto de vista republicano, inconcebible y aberrante), no ha sido extraña a la jurisprudencia impulsada por Zaffaroni

---

<sup>19</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 284.

<sup>20</sup> Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 288.

desde la Corte Suprema. Así, en el sorprendente caso “*García Méndez-Musa*”, del 2.12.2008<sup>21</sup>, la Corte legitimó el decreto de la dictadura militar 22.278 de 1980 (Régimen Penal de la Minoridad vigente), que autoriza al recurso de la privación de libertad en cárceles de menores justamente para “aquellos que el propio decreto de la dictadura designa no sólo como inimputables sino también como no punibles”<sup>22</sup>. Zaffaroni –como lo haría también la Dra. Argibay, en el fallo y en declaraciones posteriores– avalaría dicho fallo en afirmaciones públicas pronunciadas poco después de producida la sentencia, para afirmar que a esos menores les convenía quedar presos ya que “estaban marcados para morir por la policía”. Esto es decir, la cárcel pasaba a ser el refugio y resguardo que el Estado reservaba para los vulnerables, inimputables menores, con el objeto de preservarlos de la violencia criminal propia de la policía sostenida por ese mismo Estado<sup>23</sup>. El caso expresaba así, en la práctica, y del modo más grave y dramático, las implicaciones de la doctrina presentada por Zaffaroni en materia de castigo estatal.<sup>24</sup>

## 6. Sobre la función que le corresponde al juez penal. Justicia penal y democracia

Una y otra vez, cuando Zaffaroni debe hablar acerca de la tarea del juez penal, recurre a una promisorio pero muy problemática metáfora (que ya he adelantado más arriba) a través de la cual compara a la tarea del juez con la que lleva adelante la “Cruz Roja”, en medio de

<sup>21</sup> CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa *García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537*”, 2008, *fallos* 331:2691.

<sup>22</sup> Emilio García Méndez, “Retrosceso en la justicia penal para jóvenes”, *Clarín*, 16 de septiembre 2011, disponible en [http://www.clarin.com/opinion/Retroceso-Justicia-penal-jovenes\\_0\\_555544531.html](http://www.clarin.com/opinion/Retroceso-Justicia-penal-jovenes_0_555544531.html) (consultado por última vez el 10 de junio 2013).

<sup>23</sup> Emilio García Méndez, “En defensa del profesor Raúl Zaffaroni: Menores y responsabilidad penal”, *Fundación Sur Argentina*, 2 de febrero 2011, disponible en <http://surargentina.org.ar/noticias/en-defensa-del-profesor-raul-zaffaroni-menores-y-responsabilidad-penal/> (consultado por última vez el 10 de junio 2013).

<sup>24</sup> Lo dicho hasta aquí no es del todo ajeno a propuestas de “derecho penal mínimo” como las avanzadas por el lúcido y prestigioso profesor italiano Luigi Ferrajoli. La descripción que realiza Ferrajoli sobre el derecho penal realmente existente resulta paralela, en sus rasgos esenciales, de la presentada por Zaffaroni. Y su justificación de la pena no deja de compartir, con la de aquél, algunos problemas significativos. Ante todo, y como en el caso del profesor argentino, cuando uno toma conciencia de los gravísimos rasgos que distinguen a la pena –y Ferrajoli, como Zaffaroni, describe a la pena del modo más crudo– luego, su justificación se torna especialmente difícil. En particular, si se parte de una descripción tan severa sobre la pena, resulta problemático admitir que el “fundamental fin justificador del derecho penal” es el de evitar la “mayor reacción” que la falta de penas podría generar sobre los acusados de una cierta ofensa y sus allegados (ello, sobre todo, si no se respalda con datos empíricos contundentes la conexión causal que existiría entre ausencia de penas –que no es lo mismo que ausencia de reproche estatal- y venganza privada). En todo caso, si lo que se quiere es evitar los riesgos de la venganza privada ¿por qué no diseñar entonces estrategias protectivas sobre los acusados o responsables de ciertas ofensas, en lugar de encerrar a estos últimos, privándolos de sus libertades más básicas? Otra vez, descripciones tan críticas de la pena requieren de justificaciones extraordinarias, si se quiere mostrar a la misma, a pesar de todo, como una herramienta necesaria. Véase Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2008).

un conflicto bélico<sup>25</sup>. Un ejemplo paradigmático de esta asociación aparece en el siguiente reportaje, en donde Zaffaroni sostuvo lo siguiente: “Hay que mantener la venganza encarrilada, que no se salga de madre, porque si se sale de curso, esa pulsión vindicativa crece y se va al genocidio. El poder punitivo será irracional, pero tenemos que ser racionales en la contención; es algo así como la Cruz Roja con la guerra. Yo no le puedo imputar a la Cruz Roja que no suprima la guerra porque no tiene poder para hacerlo, pero sí le puedo exigir que agote su poder de contención de las formas más crueles y sangrientas de la guerra: que no maten a los prisioneros y que no bombardeen los hospitales. Nosotros no podemos hacer desaparecer el poder punitivo, lo que tenemos que hacer es como la Cruz Roja. Los jueces somos la Cruz Roja de la política<sup>26</sup>.”

Por supuesto, resulta entendible que Zaffaroni quiera utilizar una metáfora como la de la Cruz Roja, ya que ella le permite asociar a los jueces penales con la imagen angelical, salvífica, más bien heroica, de los médicos de organización internacional. Lo cierto es que el paralelismo es enormemente problemático. Son tantas y tan importantes las des-analogías entre una situación y la otra, que se torna difícil explicar cómo es que Zaffaroni puede insistir con el recurso a dicha comparación –salvo, por la voluntad de seguir forzando la presencia de aquella imagen épica.

Una modesta lista de las diferencias entre la presencia de los médicos de la Cruz Roja, y la del juez penal puede resultar de utilidad.

- El médico aplica todo su saber y ciencia para eliminar el dolor. La pena que administra el juez es, directamente (en la definición clásica, de H.Hart), la imposición deliberada de dolor.
- La función de la Cruz Roja es –como lo señala el propio Zaffaroni– fundamentalmente, reparadora. La función del derecho penal es, fundamentalmente, la de regular la imposición de castigos. El médico dedica todas sus energías al cuidado y recuperación de la víctima de la violencia. El derecho penal es completamente ajeno a las funciones de cuidado: normalmente, encierra o deja libre a un acusado.

---

<sup>25</sup> Entre muchísimos ejemplos, pueden verse notas como las siguientes (consultados todos por última vez el 10 de Junio del 2013): “Zaffaroni: La función de los jueces es ser una especie de Cruz Roja”, *Terra*, 29 de marzo 2012, disponible en: <http://noticias.terra.com.ar/politica/zaffaroni-la-funcion-de-los-jueces-es-ser-una-especie-de-cruz-roja.5eb6c59e9f066310VgnVCM4000009bcecb0aRCRD.html> ; Marco Díaz Muñoz, “Eugenio Raúl Zaffaroni: No hay nada mejor para el poder que hacerle creer a un estúpido que tiene poder, y sobre todo si es juez federal...”, *COPENOA: Agencia de Noticias del Norte Argentino*, 9 de noviembre 2007, disponible en <http://www.copenoa.com.ar/Eugenio-Raul-Zaffaroni-No-hay-nada.html> ; Juan Salinas, “Para Zaffaroni, la función del derecho penal es enroscarle la víbora a la gente”, *La Capital*, 22 de noviembre de 2000, disponible en [http://archivo.lacapital.com.ar/2000/11/22/articulo\\_64.html](http://archivo.lacapital.com.ar/2000/11/22/articulo_64.html)

<sup>26</sup> Silvina Freira, “Las claves de la cuestión criminal [Reportaje a Eugenio Raúl Zaffaroni]”. *Página 12*, 22 de mayo 2011, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-168604-2011-05-22.html> (consultado por última vez el 10 de junio de 2013).

- La ambulancia retira del conflictivo campo de batalla a aquellos a quienes atiende. El juez penal regularmente los conduce al centro (sino, a uno de los peores centros) de ese conflicto: la cárcel. La comparación apropiada se daría en el caso de que el médico de la Cruz Roja, regularmente, derivara a sus pacientes al cuidado del grupo que los lastimara, luego de limpiarles las heridas.
- La Cruz Roja, como dice Zaffaroni, interviene en el medio de una guerra entre dos bandos opuestos. La imagen de la guerra y de los dos bandos es por completo inapropiada e inaceptable, a la hora de pensar en la sociedad, el Estado y el crimen.
- La Cruz Roja se distingue por su neutralidad frente a todas las partes. El juez penal es un órgano del Estado, que actúa en su nombre y se encarga de asegurar la imposición de sus leyes en casos conflictivos.
- En un sentido figurado, la Cruz Roja interviene para lograr que quienes manejan las armas (cito a Zaffaroni) “no maten a los prisioneros y...no bombardeen a los hospitales”<sup>27</sup>. Otra vez, la metáfora no resulta pertinente para describir la actividad del juez penal, salvo en aplicaciones que uno consideraría aberrantes, como la referida en relación al caso “*García Méndez-Musa*”.
- Como dice Zaffaroni, uno “no le puede imputar a la Cruz Roja que no suprima la guerra, porque no tiene poder para hacerlo”: simplemente, el médico de la Cruz Roja no puede hacer nada para frenar la violencia. En cambio, uno sí puede imputarle al juez penal que no frene los tremendos grados de violencia que sí está en condiciones de frenar, pero que en cambio, regularmente legitima, alimenta y avala (a través de institutos de menores, hospitales psiquiátricos, penitenciarías, cárceles).
- Por todo lo dicho, el sujeto principal de la intervención de la Cruz Roja –el herido– reclama y celebra la llegada del médico, y tiene todas las razones para hacerlo. El sujeto con quien va a trabajar el juez penal, en cambio, tiene razones para desconfiar y temer la decisión de éste.

Más allá de las claras des-analogías existentes, las afirmaciones e implícitos que incorpora y rodean a la cita con la que abriéramos esta sección, merecen una reflexión más detenida. Ante todo, debiera decirse que la idea conforme a la cual puede justificarse la pena (incluyendo a la privación de libertad) al criminal, para impedir daños mucho mayores, derivados de la venganza privada (una idea que también es típica en el pensamiento de Luigi Ferrajoli) resulta especialmente inatractiva. Zaffaroni –en citas como la referida– lleva esa amenaza al extremo: si no castigamos, en ciertos casos, directamente llegamos al descontrol

---

<sup>27</sup> Silvana Freira, “Las claves de la cuestión criminal”.

de las pulsiones punitivas, y aún al genocidio (sic). Es un problema, por lo demás, que propuestas extremas como la referida aparezcan presentadas como si ellas derivaran, simplemente, del rincón de la racionalidad y la eticidad –como si debiéramos penar en ciertos casos porque es lo más sensato, y porque es lo más justo.

Debiera resultar claro, asimismo, que empíricamente, apelaciones catastrofistas como la citada no están bien apoyadas, ni pueden formar parte –sin ese apoyo– de un ejercicio argumentativo atractivo. Por supuesto, uno puede entender que la carga de producir prueba empírica es muy pesada, sobre todo en casos como el referido, que pretenden involucrar a los modos de reacción habituales de una sociedad. Zaffaroni es consciente de estas dificultades, y por ello no extraña que en su momento se quejara de la exigencia de pruebas empíricas que le formulara en su momento Carlos Nino, en el debate que tuvieron ambos. Zaffaroni consideró entonces que se le estaban reclamando “pruebas complejísimas” de difícil verificación empírica<sup>28</sup>. Pues bien, si éste es nuevamente el caso –si estamos, otra vez, frente a afirmaciones que requieren “pruebas complejísimas” de obtención casi imposible– entonces, mejor no realizar apreciaciones tan extremas y contundentes, respaldadas en datos que no estamos en condiciones de obtener (y que, agregaría, el sentido común no acompaña). La conexión que existe entre el hecho de no castigar –o el hecho de no castigar en los modos en que solemos hacerlo– y la liberación de las fuerzas punitivas de la sociedad (para no hablar del genocidio) dista de ser obvia. Por ello mismo, y para el “mientras tanto”, la justificación del castigo debe buscar otro tipo de apoyo argumentativo, ya que el respaldo que hoy se ofrece para sostenerlo resulta por completo implausible.

Por lo demás, conocemos la historia de nuestro propio país, que nos dice que a pesar de haber conocido las más graves violaciones de derechos humanos, la impunidad y la falta de justicia, de ningún modo se tradujeron en formas salvajes de venganza privada. Muy por el contrario, la sociedad pidió, apasionada pero disciplinadamente, juicio y castigo, hasta conseguirlo.

Es posible reconocer, detrás de las afirmaciones de Zaffaroni, una habitual desconfianza hacia la democracia –en este caso, en la forma de una desconfianza hacia la posibilidad de vincular al derecho penal con la voluntad popular– que es muy común en la doctrina penal liberal (ver, por caso, su presencia en el trabajo de Luigi Ferrajoli). Se asume entonces que cualquier vínculo efectivo entre la ciudadanía y un hecho criminal es susceptible de terminar en hordas que arrasan, espíritus sedientos de venganza, pulsiones violentas,

---

<sup>28</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, et. al., *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Ediar, 2002).

incontenibles y extremas (“Hay que mantener la venganza encarrilada, que no se salga de madre, porque si se sale de curso, esa pulsión vindicativa crece y se va al genocidio”<sup>29</sup>). Claramente, este tipo de posturas contradicen el modo en que el republicanismo piensa a la sociedad, y el modo en que propone re-organizarla. Para el republicanismo penal, de hecho, una de las formas claves para volver a legitimar al derecho penal, y volver a darle sentido, consiste en el tendido de puentes entre la ciudadanía y la creación, aplicación e interpretación del derecho penal. Ello así, porque descansa en las capacidades de la ciudadanía, y en su voluntad para hacerse cargo de sus propios asuntos, en la medida en que ello se haga posible de un modo efectivo. Por ello mismo, para el republicanismo, es necesario volver a asegurar que, de modos diversos, el derecho penal se exprese con la voz meditada de la comunidad. En otros términos, debe impedirse que el derecho penal siga siendo lo que ha sido en sus cientos de años de historia, esto es, la expresión de una elite a favor de sí misma y sus intereses, y en contra de las necesidades y pretensiones de la mayoría del resto de la sociedad.

Suscribir una postura como la citada de ningún modo implica vincular al republicanismo con formas particulares del populismo penal: el populismo descansa en una concepción estrecha y torpe de la democracia, en donde la elite decisora apela a la ciudadanía pero jamás dialoga con ella. Lo que el republicanismo requiere, en cambio, es la recuperación del diálogo que hoy está ausente entre ciudadanos y decisores. Frente a tal reclamo, las resistencias de Zaffaroni –resistencias a establecer conexiones de cualquier tipo entre la cuestión penal y la democracia– resultan habituales, y típicas dentro de la elite doctrinaria penal de nuestra región. Piénsese, por caso, en las particulares razones con que Zaffaroni critica la elección popular de los jueces; o en su reiterado rechazo a la institución del jurado –una iniciativa incorporada en la Constitución argentina desde hace 150 años, pero aún no implementada<sup>30</sup>. Algo similar puede decirse de su cerrada defensa del control judicial, que lo ha llevado a descalificar ligeramente a toda crítica referida a la “dictadura de los jueces,” al “origen aristocrático de los jueces” o al carácter “no democrático” de la revisión judicial de constitucionalidad; o a juzgar las posiciones de los críticos del control judicial como la de

---

<sup>29</sup> Silvina Freira, “Las claves de la cuestión criminal”.

<sup>30</sup> Frente a intentos concretos de poner en práctica la institución del jurado, Zaffaroni sostuvo que debía verse a una iniciativa tal como un “disparate”, capaz de dar lugar a “una demagogia vindicativa y a una corrupción terrible” que permitiría la victoria de “los ignorantes, solventados por intereses de los poderosos o vendidos a ellos” Ver, por ejemplo, Martín Granovsky, “El desafío de repensar lo judicial me entusiasma”, *Página 12*, 14 de enero 2013, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-211819-2013-01-14.html> (consultado por última vez el 8 de junio del 2013). Sin embargo, en Eugenio Raúl Zaffaroni, *Estructuras judiciales* (Buenos Aires: Ediar, 1994), no niega la posibilidad del jurado.

quienes defienden la “democracia para aniquilar la democracia”<sup>31</sup>. Considérese, también, las posturas que dejara de manifiesto en ocasión de la (recientemente) propuesta reforma del Código Penal, en la que participara. La propuesta de reforma no solamente se hizo a puertas cerradas (algo de lo que, en definitiva, no es responsable Zaffaroni), sino que se mantuvo alejada de la ciudadanía, luego de concluida. En dicho respecto, Zaffaroni siempre procuró dejar en claro que la reforma debía discutirse en un marco de “seriedad”<sup>32</sup>, entre especialistas y técnicos; que ella no podía pasar a debatirse popularmente “en las esquinas” o en “los medios de comunicación”; y que no podía pretenderse que el Código surgiera de “la voz del pueblo”<sup>33</sup>.

Corresponde decir, al respecto, que dicha desconfianza sobre la democracia – manifiesta en áreas diversas del pensamiento penal del juez– tampoco se encuentra justificada, ni desde la teoría ni desde la empiria. En este caso, la falta de sustento es más seria, dado que existen buenos datos que nos permiten negar con cierta tranquilidad lo sostenido por Zaffaroni<sup>34</sup>.

A pesar de lo dicho, lo cierto es que la citada desconfianza frente a la democracia representa en Zaffaroni un punto crucial en el círculo completo de su argumentación: *porque* la participación democrática en materia penal (se asume) conduce a la irracionalidad y a la violencia (sino directamente al genocidio) es que se explica el papel que se reserva a los jueces (sobre todo en materia penal), el rechazo a los institutos de participación popular (jurado,

---

<sup>31</sup> En las pocas oportunidades en que trató sobre el tema, Zaffaroni sostuvo que el control judicial es necesario para “preservar” a la Constitución “de las decisiones de mayorías coyunturales”. Su justificación se basa, simplemente, en la idea de que dicho control es “funcional para la democracia” –una idea también frágil e implausible, que requiere de una apoyatura de la que carece. Ver, por ejemplo, Eugenio Raúl Zaffaroni, “Dimensión política de un poder judicial democrático” (conferencia en seminario sobre Reforma Judicial en el Ecuador. Guayaquil, Ecuador, septiembre 1992). Transcripción en *Cuadernos de derecho penal* 2 (2005): 15, y sobre todo Zaffaroni, *Estructuras judiciales*, 8 y ss.

<sup>32</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, “¿Habrà llegado la hora?”, *Tiempo argentino*, 3 de marzo 2014, disponible en <http://tiempo.infonews.com/2014/03/03/editorial-119794-habra-llegado-la-hora.php> (consultado por última vez el 8 de junio del 2013).

<sup>33</sup> “Zaffaroni pidió no debatir el nuevo Código Penal ‘en la esquina o en los medios de comunicación’”, *Infobae*, 21 de abril 2014, disponible en <http://www.infobae.com/2014/04/21/1558841-zaffaroni-pidio-no-debatir-el-nuevo-codigo-penal-en-la-esquina-o-los-medios-comunicacion> (consultado por última vez el 7 de junio del 2013).

<sup>34</sup> Por ejemplo, los estudios empíricos que se han realizado en torno a las primeras experiencias de jurado, en el país (en el caso en el que pienso, referido a la provincia de Córdoba) nos permiten reconocer que los jurados legos han tendido a ser, sistemáticamente, menos punitivistas que los jurados profesionales. María I. Bergoglio y Santiago A. Amietta, “Las decisiones de jueces y jurados: La dureza del castigo penal según legos y letrados en la experiencia cordobesa”, *Anuario del CIJS* 11 (2008): 585, disponible en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsd/collect/ar/ar013/index/assoc/D4558.dir/sec11007b.pdf> (consultado por última vez el 10 de junio de 2013); ver también Julian V. Roberts et. al., *Penal Populism and Public Opinion* (Oxford: Oxford University Press, 2002). Es decir, los juicios de Zaffaroni en torno a la democracia y el jurado se muestran, en el mejor caso, como pre-juicios no sustentados, sino directamente falseados a partir de los datos con los que ya contamos.

elección popular de jueces), y finalmente, la necesidad de imponer dosis moderadas de castigo (destinadas a evitar la irrupción fatal e inevitable de la venganza privada).

## 7. El castigo de los crímenes de lesa humanidad

Zaffaroni presenta su posición en relación con los crímenes de lesa humanidad como excepcional, en el sentido de que para tales situaciones admite castigos que no ve justificados para la mayoría de las restantes. Lo cierto es, sin embargo, que la situación parece ser otra: se advierte una continuidad finalmente punitivista en sus posturas, que su jurisprudencia verifica. De todas formas, también es verdad que para estos casos su teoría se abre a argumentos (plausibles o no) que para otros no admite; y que en esta área ha mostrado más contradicciones que las que han aparecido en otras.

En uno de sus principales y más completos trabajos teóricos (*Derecho Penal. Parte General*), y contra lo que podía esperarse, Zaffaroni apenas habla del tema. De todos modos, allí deja en claro que lo que hace diferente al genocidio de otros crímenes también graves, pasa por la “magnitud” y el nivel de “aberración” propio de los mismos<sup>35</sup> En las pocas líneas que reserva a la cuestión Zaffaroni, además, señala que “la magnitud y la significación del conflicto hacen que la sociedad entera lo siga vivenciando, y no sólo las sociedades nacionales, sino la comunidad internacional misma”<sup>36</sup>. Es importante subrayar este hecho —el de que, en su opinión, “la sociedad entera...siga vivenciando” el crimen de modo cercano— porque esa afirmación empírica es la que va a empezar a hacer todo el trabajo justificativo, en su tardía defensa de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. El argumento de la “vivencia”, de hecho, va a ser el más relevante de los que van a aparecer en su opinión en el fallo *Arancibia Clavel*, para justificar la imprescriptibilidad<sup>37</sup> Allí, citando de modo casi textual a su vieja obra, habla de una excepción (a la regla general de la prescriptibilidad) que se funda en que los “crímenes contra la humanidad...tratan de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma”<sup>38</sup>.

Hechos tales como la especial aberración de los crímenes de lesa humanidad, o el no-

<sup>35</sup> Zaffaroni, *Derecho Penal*.

<sup>36</sup> Zaffaroni, *Derecho Penal*, 883.

<sup>37</sup> Zaffaroni cita también a la costumbre que llega a través del *ius cogens* (habla del “derecho internacional consuetudinario”), y a la “Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”.

<sup>38</sup> Así, en el voto del Dr. Zaffaroni junto con la Dra. Highton de Nolasco, en CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita”, 2004, *fallos* 327:3294.

olvido social frente a ellos, ayudan a Zaffaroni a justificar respuestas penales diferentes, frente a estos casos. Sin embargo, como suele ocurrir, el “hecho de la diferencia” –en la medida en que exista– dice poco o nada sobre lo que esa diferencia debe implicar, si es que debería implicar algo, en la práctica. El punto es importante, porque la apelación al “hecho de la diferencia” resulta un atajo común para que cada uno termine proponiendo frente al mismo una particular y pre-fijada respuesta, que el mero hecho de la diferencia no está capacitado para autorizar. En tal sentido, debe decirse, sigue siendo un problema (también) para estos casos, la justificación del castigo particularmente en el marco de aproximaciones al derecho penal como la que es propia de la teoría de Zaffaroni.

Las particulares dificultades del caso aparecen, por un lado, porque cuestiones tales como el “no olvido” pueden extenderse también a otros crímenes (Zaffaroni es consciente de que lo que dice para los crímenes contra la humanidad puede decirse también para crímenes como los de terrorismo, los cometidos por asesinos seriales, etc.<sup>39</sup>). Ello también, por otro lado, porque ese “estar en la memoria colectiva” no justifica obviamente ni la imprescriptibilidad, ni menos una forma particular de castigo. Y, sobre todo, porque la consistencia interna propia de la visión penal de Zaffaroni podría, simplemente, bloquear la justificación del castigo, aún para estos casos extremos. Ello así, si tenemos en cuenta que su concepción i) considera ilegítimo al poder punitivo; ii) reconoce siempre una grave irracionalidad en el accionar del aparato penal; y iii) entiende que la función del derecho penal es reducir o contener esa pulsión punitiva –encarrilar la venganza, según veíamos.

La manera que encuentra Zaffaroni para encajar todas las piezas no es, sin embargo, la de elaborar –o apelar a– un argumento más abstracto, contundente, definitorio, sino, por el contrario, el descenso hacia la admisión de una irracionalidad que todo lo ampara. Dice el autor: “[n]o hay una irracionalidad intolerable en el ejercicio de una acción penal contra un criminal de lesa humanidad por mucho que hayan pasado los años: sólo existe la irracionalidad propia de todo poder punitivo, que es extremadamente selectivo y productor del mismo hecho sobre cuyo autor recae. El derecho penal no está legitimado para exigir la prescripción de las acciones emergentes de estos delito; por el contrario: si lo hiciese sufriría un grave desmedro ético”<sup>40</sup>. Es decir, la idea es que en estos casos, y con el objeto de no sufrir “un grave desmedro

---

<sup>39</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”, *Nueva doctrina penal B* (2000): 483.

Reconoce también que no basta con decir que ese “no olvido,” para los casos de los otros crímenes, resulte “eventual” y no “invariable”, como en el caso de los crímenes de lesa humanidad. Ello, sobre todo, si “en ninguno de ambos disminuye la memoria, ni el reclamo, ni el sentimiento de indignación pública” Zaffaroni, *Nueva Doctrina Penal*, 441 y 442.

<sup>40</sup> Zaffaroni, *Nueva Doctrina Penal*, 445.

ético,” el derecho penal deja de lado la tarea que asume para todos los demás casos, cual es la de encarrilar la venganza y limitar la violencia. Como sostuviera también en su debate con Nino: en este tipo de casos, nadie puede reprocharle a él (Zaffaroni), un uso “táctico” del derecho penal, o considerar justificado “que se inflija un dolor”<sup>41</sup>.

Lo cierto es, sin embargo, que su respuesta deja mucho que desear: en estos casos graves, necesitamos más que nunca –y no menos– que la doctrina penal intervenga y nos ayude a pensar sobre cómo actuar. Podríamos preguntarnos, por ejemplo: ¿tratamos de inculpar a todos los involucrados, o preferimos restringir el uso del derecho penal a las condenas que sean necesarias para que el hecho no se repita? ¿Apostamos por una respuesta que privilegie la obtención de “verdad,” o por otra que maximice el “castigo”?<sup>42</sup> La solución a este tipo de dilemas no puede ser meramente la creencia de que cada sociedad sabrá resolver: nuestras respuestas dependen de posibilidades, convicciones, argumentos. Y la doctrina penal debe salir, especialmente en estos casos, a colaborar en la forja de esa respuesta colectiva. De hecho, lo peor que puede hacer la doctrina, en estos casos, es taparse los ojos y dejar que los hechos ocurran –una metáfora, en verdad, devastadora, sobre los modos en que actúa el pensamiento penal argentino. Otra vez, la respuesta que nos ofrece Zaffaroni resulta cuestionable, además de chocante, en la medida en que reclama para sí el estar alineada con imperativos éticos que en realidad exigirían una forma de respuesta diferente. Como no resulta claro qué es lo mejor que puede hacerse en estas situaciones; como no resulta nada obvio cuál es el mejor uso estratégico y táctico del derecho penal; como no hay un acuerdo social (ni uno que abarque a la mayoría de las víctimas y allegados) frente al cual simplemente entregarse; el deber ético de la doctrina penal es el de ayudar a echar luz sobre este panorama lleno de dolor y penumbras. La doctrina penal no es socialmente irrelevante, ni teóricamente inocua, como para, simplemente retirarse de la escena y dejar que las pulsiones punitivas fluyan sin límites en estos casos extremos.

---

<sup>41</sup> En sus términos: “En cuanto al genocidio, creo que nadie afirma seriamente que si Europa no sigue hoy a otro Führer es debido al efecto preventivo general de Nuremberg. Me parece que la cuestión es otra: cuando nos hallamos frente a conflictos tan aberrantes que por su magnitud y brutalidad no tienen solución, ¿quién puede reprochar que se inflija un dolor a los pocos causantes que se oponen al alcance del reducido poder punitivo? En estos casos la punición no pasaría de ser una forma de lo que hoy se llamaría ‘uso alternativo del derecho,’ que siempre se ha practicado”. Y también, “es claro que podemos coincidir coyunturalmente y usar ese poder en forma táctica y nadie puede reprochármelo frente al genocidio (cuya impunidad no hace más que confirmar mi tesis de la extremista selectividad, violencia, corrupción y reproducción), pero en una visión macrosocial esto no es racional (y la planificación de la solución de los conflictos es una cuestión macrosocial” Eugenio Raúl Zaffaroni, “Debate entre Carlos Nino y Eugenio Zaffaroni,” *No Hay Derecho II*, no.5 (1992).

<sup>42</sup> Claudia Hilb, *Los usos del pasado* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2013).

## 8. Coda. Crímenes de lesa humanidad y exclusión: Un ejemplo de las diferencias con el pensamiento republicano

En esta coda final, voy a referirme a un ejemplo concreto, relevante, y más o menos cercano –ejemplo relacionado con los crímenes masivos, y en el que Zaffaroni jugara un papel protagónico– por considerar que el mismo nos permitirá entender mejor las diferencias entre la visión del profesor argentino, y la postura republicana.

Como sabemos, durante los años de la dictadura, distintas personas participaron de dicha estructura represiva de distinta manera y con distintos niveles de responsabilidad. Muchos de los imputados han sido ya condenados, y muchos otros –condenados o no– se encuentran en prisión, en respuesta a las faltas cometidas o los crímenes de los que se los acusa<sup>43</sup>. En todo caso, el hecho es que algunos de los que se encuentran en prisión solicitaron participar en los cursos que dicta la Universidad de Buenos Aires (UBA) dentro de las cárceles, para dedicar al estudio parte del tiempo que pasan privados de libertad. Sin embargo, sorprendentemente, la UBA rechazó esa posibilidad, siguiendo lo sugerido por una Comisión Ad Hoc, que encabezara Zaffaroni<sup>44</sup>. La respuesta, que ahora presentaré con más detalle, volvía a dejar en claro los rasgos excluyentes (examinados más arriba) propios de una teoría del castigo como la propuesta por Zaffaroni.

Conforme a lo manifestado por la Comisión, quienes desean incorporarse a la comunidad universitaria no deben satisfacer, simplemente, ciertas pautas formales, sino además llevar adelante un tipo de conducta que no sea “destructiva o lesiva a la existencia misma de la comunidad”. Para la Comisión, los demandantes del caso eran sostenedores de “una tesis negacionista de los delitos que han victimizado masivamente a miembros de la comunidad universitaria a la que pretenden incorporarse”, por lo cual la UBA no podía “permitir que éstos se incorporen a ella portando un discurso negacionista que pretenda legitimar esos delitos”. Se trataba, concluyó la Comisión, de un discurso “disolvente del espíritu comunitario que debe animarla conforme a la tradición universitaria mundial de todos los tiempos”.

---

<sup>43</sup> Aunque aquí no voy a ocuparme del tema, sí mencionaría que hay problemas teóricos serios para justificar que la justicia (incluyendo la Corte Suprema actual, con la firma del Dr. Zaffaroni, en el caso CSJN, “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación”, 2012, *fallos* 335:533 acepte –como ha aceptado– la permanencia en prisión por años (en varios casos, por más de una década) de militares acusados pero no condenados por delitos de lesa humanidad.

<sup>44</sup> “ADUBA saluda y apoya el avance que significa el informe de la comisión especial”, ADUBA Asociación de Docentes de la UBA, disponible en <http://www.aduba.org.ar/uba-xxii-%E2%80%93-los-represores-sin-lugar-en-la-uba/> (consultado el 10 de mayo del 2013). La comisión estuvo conformada por Eugenio Zaffaroni, Raúl Ferreyra, Adriana Puiggrós, José Schulman, Osvaldo Varela y Alfredo Sarmiento

La respuesta dada por la Comisión encabezada por Zaffaroni resulta, desde una perspectiva republicana, exactamente la contraria a la requerida: justamente para éstos –los peores casos– necesitamos hacer los mayores esfuerzos de reinserción social. Debemos tratar a tales personas no como ellos nos trataron, sino del modo exactamente contrario. Básicamente, debemos verlos como sujetos capaces de pensar, de revisar críticamente lo que han hecho, de arrepentirse de sus errores y de reinsertarse en la sociedad. Lo peor que podemos hacer en estos casos –tanto pensando en los principios de los que partimos, como en las consecuencias de nuestras acciones– es poner trabas en esa tarea de recuperación social, y mucho más desde instituciones públicas.<sup>45</sup>

Por otra parte, la apelación al argumento “negacionista” tampoco ayuda a sostener nada de lo dicho y hecho. En primer lugar, no es claro por qué es que una persona que niega el crimen horrendo que ha cometido, no puede participar junto con todos los demás detenidos en las clases que dicta la UBA para los privados de libertad (muchos de estos detenidos, por lo demás, niegan también los horribles crímenes que han cometido). En segundo lugar, ese negacionismo nos aporta motivaciones y razones adicionales para involucrar a las personas del caso en cursos de nivel universitario –muy en particular en aquellos cursos orientados en una línea de defensa de los derechos humanos: se trata de una excelente oportunidad para convencerlos del valor de aquello que niegan, y para ayudarles a pensar en la gravedad extraordinaria de las faltas que han cometido. ¿O es que se piensa que cerrándoles la puerta, o forzándolos a sufrir, van a convencerse de lo que hoy no están convencidos?

En definitiva, el republicanismo nos insta a decir: “ellos hicieron lo peor con nosotros, pero nosotros no podemos hacer lo mismo: tenemos que hacer el máximo esfuerzo para lograr su arrepentimiento.”

## 9. Final

En este texto me interesó examinar, desde una perspectiva republicana, algunos aspectos relevantes de la teoría de Raúl Zaffaroni en torno al castigo, y la misión de los jueces penales. En particular, presenté ciertas objeciones en relación con los rasgos excluyentes propios de su teoría, critiqué su justificación –aun acotada– del castigo, y disputé el modo en que concibe la función del juez penal, el control judicial, y la relación entre democracia y

---

<sup>45</sup> Piénsese, por ejemplo, en el caso del tremendo criminal noruego, que mató este año a 77 niños, en la "matanza de Utoya": Él merece el máximo repudio social, a la vez que requiere de la máxima ayuda social. Así, además, lo ha entendido la sociedad noruega ("él nos ha dado todo su odio, pero nosotros a él no"). A eso le llamamos civilización.

derecho penal. En particular, el caso de los crímenes de lesa humanidad me sirvió para explorar e ilustrar los límites y alcances de su teoría.

# El Principio de Precaución en el Derecho de la Responsabilidad Civil

## Estado de la Situación en el Derecho Argentino

Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>1</sup>

### Resumen

El artículo desarrolla en los planos jurisprudencial, doctrinal y legal el Principio de Precaución del Derecho Ambiental. Recurre al derecho comparado al momento de justificar respuestas del Derecho argentino.

### Abstract

This article develops the Precautionary Principle notion considering the Argentine precedents, jurisprudence and legislation. It also uses comparative law for justifying the Argentine solution.

---

<sup>1</sup> He publicado los siguientes artículos sobre el principio de precaución, a cuya bibliografía me remito: “Responsabilidad civil, principio de precaución y transgénicos”, en *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, ed. Carlos María Romeo Casabona (Granada: Comares, 2004), 319; “Responsabilidad civil y transgénicos”, *Conceptos. Boletín de la Universidad del Museo Social Argentino* 79, no. 1 (2004): 9; “Responsabilidad civil y transgénicos”, en *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética ambiental* (publicación del Seminario (29/3/2003), coords. Jesús Buxó y María Casado (Barcelona: Publicacions de la Residència d’Investigadors, 2005), 169; “El principio precautorio en la responsabilidad ambiental”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 10, (2013): 591. También tuve la fortuna de trabajar en el grupo que, bajo la presidencia del profesor Mathias Kaiser, preparó el documento encomendado por la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST), finalmente aprobado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) en 2005: UNESCO, *Informe del Grupo de Expertos sobre el principio precautorio de la Comisión Mundial de Ética y del Conocimiento Científico y la Tecnología* (COMEST) (París: UNESCO, 2005). Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578s.pdf> (consultado por última vez el 29/11/2014); he relatado esa experiencia en mi artículo “El principio de precaución en un documento de la UNESCO”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires*, año L, segunda época, no. 43 (2005): 9. Ulteriormente, como integrante del Comité Nacional de Ética en Ciencia y Tecnología, colaboré en la preparación del documento, “Anotaciones para una Ética en la Ciencia y la Tecnología - El Principio de precaución”, julio de 2010. Disponible en <http://www.cecte.gov.ar/pdf/000064-es.pdf> (consultado por última vez el 29/11/2014).. La dimensión ética de este principio de precaución es altamente significativa; de allí la frase de Sartre con la que empieza este trabajo.

*El hombre está condenado a ser libre. Condenado, porque él no se ha creado a sí mismo, y sin embargo libre, porque una vez tirado en este mundo, es responsable de todo lo que hace*<sup>2</sup>.

*Se deberían tener debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética*<sup>3</sup>.

*Determinar qué es un riesgo aceptable para la sociedad es una responsabilidad eminentemente política*<sup>4</sup>.

## **Objetivo de estas líneas**

Me propongo realizar un informe sobre el principio de precaución en el Derecho argentino. A tal efecto, analizaré la normativa vigente y las líneas jurisprudenciales que se verifican en un camino, aún en construcción. De cualquier modo, me valdré del derecho comparado para justificar algunas soluciones del sistema argentino.

## **1. La normativa vigente**

### **1.1. El texto**

El principio de precaución fue incorporado expresamente al derecho argentino por la Ley General del Ambiente n° 25675, vigente desde diciembre de 2002. El art. 4 de esa ley lo enumera entre los principios generales en los siguientes términos:

*“La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: (...)*

*Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se*

---

<sup>2</sup> Jean Paul Sartre, *L'existencialisme est un humanisme* (París: Nagel, 1946).

<sup>3</sup> Para un análisis del Art. 16 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco transcrito, ver Fabiola Leyton, “Precaución y desarrollo sostenible para salvaguardar los derechos humanos”, en *Sobre la dignidad y los Principios*, coord. María Casado (Cizur Menor, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2009), 389.

<sup>4</sup> Comisión Europea. Comunicado sobre el principio de precaución, 2002, reproducido en Jurgen Simon y Christine Fischer, “Principio de precaución y responsabilidad de las autoridades y funcionarios. El ejemplo alemán de su implementación en la legislación medioambiental”, en *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, ed. Carlos María Romeo Casabona (Granada: Comares, 2004), 266.

*atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.*

*Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente.*

(...)

*Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan”.*

Tres aspectos de esta norma merecen ser señalados:

(i) Distingue expresamente entre prevención y precaución.

(ii) Menciona la *incertidumbre científica* como presupuesto necesario para el funcionamiento del principio de precaución, requisito que lo distingue del principio de prevención.

(iii) Dispone que el principio de precaución se aplica no sólo cuando está en juego esta ley sino *toda la normativa ambiental*. En efecto, el art. 4 de la ley n° 25.675 afirma que a estos principios queda sometida la interpretación y aplicación de “*toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental*”.

## **1.2. Fundamentos breves**

La incorporación del principio de precaución no obedece a un capricho del legislador argentino. Por el contrario, en materia ambiental, el principio de precaución reconoce una larga historia, no sólo jurídica.

En la literatura, dice Matthias Kaiser, el libro *Silent Spring*, de Rachel Carlson, publicado en 1962, que muchos científicos calificaron de fantástico, puede citarse como uno de los primeros que divulgaron el impacto de las tecnologías en el ambiente; es un clásico de la

concienciación ecológica que mostró cómo en algunas ocasiones, lo que al inicio se percibe como un logro científico, más tarde puede convertirse en un gran problema ambiental por lo que empieza a diluírsela “fe ciega” en el progreso<sup>5</sup>. Otra autora<sup>6</sup> menciona el libro de Nassim Nicholas Taleb, *The Black Swan* cuyo fin, ella interpreta, es incitar al hombre a conocer los límites de su ignorancia a fin de evitar tomar riesgos excesivos. Dice Taleb: "Lo que aquí llamamos un Cisne Negro es un evento con tres atributos: rareza, impacto extremo y retrospectiva (aunque no prospectiva) previsibilidad. Una pequeña cantidad de Cisnes Negros explica casi todo en nuestro mundo, desde el éxito de las ideas y las religiones, a la dinámica de los acontecimientos históricos, hasta los elementos de nuestra vida personal"<sup>7</sup>. Estos cisnes negros, ignorados en su momento, en numerosas ocasiones han implicado destrucción de lo existente.

Normalmente, es difícil determinar con exactitud la fecha en que una noción aparece en el contexto jurídico. Generalmente, el principio de precaución se vincula al pensamiento filosófico de Hans Jonas<sup>8</sup>. Lo cierto es que, en América, la incorporación del principio de precaución a la normativa ambiental se extendió después de la Declaración de Río, aplaudida por la doctrina de nuestros países<sup>9</sup>, y también por la europea, tanto a nivel del derecho comunitario como en el más extenso de los Derechos Humanos<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> Matthias Kaiser, “El principio de precaución y su importancia para la ciencia”, en *Ética de la biotecnología. Una introducción*, eds. Carlos María Romeo Casabona e Iñigo de Miguel Beriain (Granada: Comares, 2005), 139.

<sup>6</sup> Lamiaa M. Kheir Bek, *Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux: entre réparation et prévention* (Marsella: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2011).

<sup>7</sup> Kheir Bek, *Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux: entre réparation et prévention*, 21.

<sup>8</sup> Consiglia Botta, “*Trattamenti sanitari: nuovi rischi e principio di precauzione. Tra tutela del consumatore e privacy*”, en *Consumatore e impresa. I contratti e la nuova dimensione delle regole*, eds. Mario Ciancio y Antonella Miletta (Nápoles: Scientifiche Italiane, 2012), 175.

<sup>9</sup> Ver, por ej., en la Argentina, Adriana Bestani, *Principio de precaución* (Buenos Aires: Astrea, 2012); Zlata Drnas De Clemént, coord. *El principio de precaución ambiental. La práctica argentina* (Córdoba: Lerner, 2008); Aurora V.S. Besalú Parkinson, *Responsabilidad por daño ambiental* (Buenos Aires: Hammurabi, 2005) Ricardo Lorenzetti, *Teoría del derecho ambiental* (Buenos Aires: La Ley, 2008), capítulo III: Incertidumbre y riesgos ambientales: prevención y precaución. Indudablemente, el autor que más se ha dedicado a esta temática en la República Argentina es Néstor Cafferatta. Uno de sus últimos artículos es “El principio precautorio en el derecho ambiental”, *La Ley A* (2014): 821 (LL 2014-A-821). en el que resume parte de su pensamiento expuesto en numerosos trabajos. En el derecho uruguayo, ver, entre muchos, Hugo Díaz Fernández, “El principio precautorio en el derecho de daños al medio ambiente”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 8 (2011): 291; en el chileno, Luis Cordero Vega y Javier Tapia, “El principio precautorio y la regulación medioambiental”, *La Ley A* (2014): 622 (LL 2014-A-622).

<sup>10</sup> Joel A. Tickner, ed. *Precaution. Environmental Science and Preventive Public Policy* (Washington: Island Press, 2003); Maurizio Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattativo, comune* (Torino: Giappichelli, 2007), págs. 245 y ss; Elisa Boeri, “Il principio di precauzione, funzione preventiva e punitiva del risarcimento”, en *Trattato della responsabilità contrattuale*, coor. Giovanna Visintini (Padua: Cedam, 2009), 126; Francesco De Leonardis, *Il principio di precauzione nell’ amministrazione di rischio* (Milán: Giuffrè, 2005); Nicolás de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de*

## 2. El silencio del código civil y comercial argentino de 2014. Justificación

Obviamente, el código civil argentino sancionado en 1869 no mencionó el principio de precaución. Tampoco sus sucesivas modificaciones. El código civil y comercial promulgado en 2014<sup>11</sup>, entre las funciones de la responsabilidad civil, menciona sólo la prevención. En efecto, el art. 1708 dice: “*Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación*”.

La incorporación de la prevención al Código Civil y Comercial implica un avance altamente significativo. La pregunta es si debió incorporar también el principio de precaución.

En otras palabras, ¿por qué se introdujo la prevención y no la precaución?

Algunos autores argentinos destacan que el principio de precaución está previsto en la ley del ambiente, pero se aplica también en otros ámbitos<sup>12</sup>. La aseveración es correcta, pero lo discutible es si debe o no estar enunciado como principio general del código civil y, en consecuencia, ser una regla que se aplica a todo el régimen de la responsabilidad civil.

A favor, podría decirse que en los últimos años, valiosas investigaciones se han realizado sobre la aplicación del principio de precaución al sistema general de responsabilidad civil en el derecho comparado<sup>13</sup>. En la Argentina tampoco faltan esos aportes<sup>14</sup>. Más aún, la cuestión fue abordada especialmente en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Tucumán, en setiembre de 2011<sup>15</sup>.

---

*précaution* (Brucelas: Bruylant, 1999); Stefano Maglia, *Diritto ambientale* (Milán: Ipsoa, 2009), 28; Angelica Bonfati, *Imprese multinazionali, Diritti umani e ambiente* (Milán: Giuffrè, 2012), 89; Edwin Zaccai y Jean N. Missa, *Le principe de précaution. Significations et conséquences* (Bruselas: Editions de l'Université de Bruxelles, 2000), 42.

<sup>11</sup> El código entrará en vigencia el 1-8-2015.

<sup>12</sup> Jorge Peyrano, “Vías procesales para el principio precautorio”, *La Ley C* (2014): 1123 (LL 2014-C-1123).

<sup>13</sup> Cabe mencionar, en primer lugar, Mathilde Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile* (París: LGDJ, 2005). En Italia, ver Giovanni Comandé, ed. *Gli strumenti della precauzione: nuovi rischi, assicurazione e responsabilità* (Milán: Giuffrè, 2006); Umberto Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile* (Padua: Cedam, 2004); Roberta Montinaro, *Dubbio scientifico e responsabilità civile* (Milán: Giuffrè, 2012).

<sup>14</sup> Adriana Bestani, *Principio de precaución*, capítulo VII. Algunas tesis doctorales sobre el tema no se han publicado aún. Personalmente, integré el tribunal que evaluó la de Verónica Elvia Melo, “El principio de precaución: su incidencia en la responsabilidad civil en la era tecnológica” (Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2011).

<sup>15</sup> Ver las conclusiones, muy pocas unánimes, en “Balance de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, *Jurisprudencia Argentina IV* (2011): 1093 (JA 2011-IV-1093). Un análisis de esas conclusiones se encuentra en Silvia Tanzi, “Principios de prevención y precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil. Tucumán,

No obstante, y aún sin tener en consideración las críticas formuladas al principio de precaución<sup>16</sup>, ni las objeciones a Beck<sup>17</sup> (cuyas ideas sobre la sociedad de riesgo tanto han influido en la temática<sup>18</sup>), lo cierto es que no existe aún una posición firme a favor de la incorporación de la función precautoria al régimen general de responsabilidad civil.

Algunos autores se han referido al tema señalando que el camino no tiene claridad suficiente y que, incluso, podría distinguirse según opere en el ámbito de la responsabilidad del Estado o de los particulares<sup>19</sup>. Otros lo analizan como una excepción a una libertad protegida por el ordenamiento, cual es la de tomar sus propios riesgos<sup>20</sup>.

Es decir, el principio de precaución, referido a la responsabilidad civil en general, no tiene en el derecho argentino desarrollo suficiente como para ser extendido a todos los campos que abarca el llamado *derecho de daños*.

Esta carencia de reconocimiento existe, incluso, en ámbitos importantes del derecho internacional, desde que, como es sabido, el principio de precaución no es aplicado con frecuencia por la Corte Internacional de La Haya<sup>21</sup>.

Otro tanto puede decirse del Derecho regional de Derechos Humanos, en el que no hay una línea clara y definitiva sobre el punto. Así, y aunque ya ha pasado bastante tiempo, cabe

---

setiembre de 2011. Breve estudio de las conclusiones de la comisión n° 3. Derecho de daños”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, año XIII, no. 11 (noviembre 2011): 275.

<sup>16</sup> El paladín de esta posición, indudablemente, es Cass Sunstein, *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*, trad. Servanda María de Hagen (Madrid: Katz, 2009). En la Argentina, mantiene una posición restrictiva Ramiro Prieto Molinero, “El principio de precaución”, *La Ley F* (2011): 943 (LL 2011-F-943). Para una respuesta razonada y acabada a cada uno de estos argumentos, ver Néstor Caferatta, “Críticas al principio precautorio: reflexiones fundamentales”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, año XIV, no. 3 (marzo 2012): 5.

<sup>17</sup> Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trads. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás (Barcelona: Paidós, 2006).

<sup>18</sup> Jérôme Méric et. al. *La société du risque. Analyse et critique* (París: Economica, 2009), 12 y ss.

<sup>19</sup> Marie-Eve Arbour, “A proposito della nebulosa principio di precauzione/responsabilità civile”, en *Liber Amicorum*, ed. Francesco D. Busnelli (Milán: Giuffrè, 2008), Tomo I, 513.

<sup>20</sup> Hugo Barbier, *La liberté de prendre des risques* (Marsella: Presses Universitaire d’Aix-Marseille, 2010), n° 323 y ss.

<sup>21</sup> Para el tema ver Fabio Bassan, *Gli obblighi di precauzione nel Diritto Internazionale* (Nápoles: Jovene, 2006); Julien Cazala, *Le principe de précaution en Droit International* (París: LGDJ, 2006) (especialmente, págs. 206 y ss); Luca Marini, *Il principio di precauzione nel Diritto Internazionale e comunitario* (Padua: Cedam, 2004). Específicamente, para el caso de las pasteras que puso en conflicto a la República Argentina con su hermano país, el Uruguay, ver decisión de Corte Internacional de la Haya, “Argentina v/Uruguay”, del 20 de abril de 2010, en Walter Carnota, “Escenarios procesales alternativos ante la ignorancia del principio precautorio por parte de la Corte Internacional de Justicia de La Haya”, *Revista de Derecho Ambiental*, no. 23 (julio/ septiembre 2010): 119; también Herber Arbuét Vignali, “Un fallo como pincel para colorear un río. Caso de las fábricas de celulosa sobre el Río Uruguay”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 7 (2010): 485.

recordar que en el caso *Tauira et autres c/Francia*<sup>22</sup>, la Comisión rechazó la denuncia y no elevó a la Corte el reclamo de 18 personas que vivían en la Polinesia francesa que denunciaban la realización de nuevas pruebas nucleares en la zona. La Comisión, con cita de un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), dijo: “La sola invocación de riesgos inherentes a la utilización de la energía nuclear no es suficiente para calificar a los denunciantes como víctimas de una violación a la Convención, desde que hay un gran número de actividades humanas que generan riesgos que no implican ataque alguno. Es necesario que ellas puedan invocar, de modo defendible y circunstanciado que, en razón de la falta de medidas suficientes por parte de las autoridades, el grado de probabilidad de que un daño se produzca pueda ser configurado como una violación, y siempre que acredite que el acto criticado no se presente como lejano al resultado que se afirma (TEDH., *Soering*, 7-7-1989, serie A, n° 161, p. 33, par. 85). La cuestión de saber si esos ensayos nucleares son de tal naturaleza que inevitablemente conduzcan a los extremos señalados por los múltiples ensayos precedentes se presta a numerosas controversias, incluso en el mundo científico. Nada permite afirmar que los ensayos decididos en junio de 1995 llevarán a las consecuencias desastrosas invocadas por los denunciantes. No se duda que los ensayos atmosféricos han conducido a una contaminación radioactiva en el pasado; lo que está en discusión es el nivel de esta contaminación y sus consecuencias sobre el ambiente en general, y sobre la salud de la población en particular”<sup>23</sup>.

Por lo demás, en algunos sectores, como el de la responsabilidad de los profesionales médicos<sup>24</sup>, o el del proveedor de servicios informáticos<sup>25</sup>, el principio de precaución ha dado lugar a exacerbados debates.

En otros campos, en cambio, el principio de precaución ha ingresado con menor resistencia, como es el de la responsabilidad por el hecho de las cosas (especialmente los

---

<sup>22</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, “*Tauira y otros c/Francia*”, del 4 de diciembre de 1995.

<sup>23</sup> El caso es recordado por Elisa Ruozi, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani* (Nápoles: Jovene, 2011), 80.

<sup>24</sup> Compulsar André Aurengo, Daniel Couturier, Dominique Lecourt, Claude Sureau, Maurice Tubiana, eds., *Politique de santé et principe de précaution* (París: Presses Universitaires de France, 2011) y Patrick Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire* (Marsella: Presses Universitaires, 2003).

<sup>25</sup> Ver Willy Duhén, *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à Internet* (Marsella: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013), n° 60.

alimentos<sup>26</sup> y otras vinculadas directamente a la salud<sup>27</sup>, como es la sangre contaminada en épocas en las que aún no se conocía el HIV<sup>28</sup>), el de la nanotecnología<sup>29</sup> y tantos otros que, por estar contenido en directivas comunitarias, han dado lugar a una importante jurisprudencia del Tribunal de la Unión europea<sup>30</sup>.

Algunos temas bioéticos también han abierto las puertas al principio de precaución, aunque no rocen los problemas ambientales; el paradigma es, quizás, la prohibición de la clonación reproductiva humana.

De cualquier modo, insisto, el ámbito propio es, hasta ahora, el de los intereses colectivos o difusos<sup>31</sup>, con impacto de una o de otra manera, en el ambiente, entendido el término con criterio amplio<sup>32</sup>.

### **3. Instrumentos procesales destinados a prevenir los daños. Requisitos**

#### **a) Regla general**

El derecho argentino reconoce diversos instrumentos procesales destinados a la prevención del daño, tanto en el Código Civil como en la Ley del Ambiente.

#### **b) Medidas urgentes. Juez competente**

En la Argentina, a diferencia de lo que acontece en Francia, no existen jueces especiales para medidas urgentes. Normalmente, el juez que decide la cautelar es el mismo que luego

---

<sup>26</sup> Matteo Sollini, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare* (Milán: Giuffrè, 2006); María E. Marichal, “Las crisis como catalizadoras del derecho: el caso de las recientes crisis alimentarias en la Unión Europa y la instauración del concepto de seguridad alimentaria”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 7 (2010): 3.

<sup>27</sup> Ana Carretero García, “Las protecciones de la salud de los consumidores: el principio de precaución en la jurisprudencia del TJCE”, *Revista española de Derecho Europeo* 16 (2005): 547; Karine Foucher, *Principe de précaution et risque sanitaire* (París: L’Harmattan, 2002); Patrick Grosieux, *Principe de précaution et sécurité sanitaire* (Marsella: Presses Universitaires, 2003).

<sup>28</sup> Izzo, *La precauzione nella responsabilità civile*.

<sup>29</sup> María Casado y Mirentxu Corcoy, “Principio de precaución y gestión del riesgo en el contexto de la nanotecnología”, en *Bioética y Nanotecnología*, coord. María Casado (Barcelona: Civitas-Thomson Reuters, 2010), 127; Giorgia Guerra ed., *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie* (Boloña: Il Mulino, 2011).

<sup>30</sup> Ver, entre otros, Gabriel Doménech Pascual, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos* (Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006), 275.

<sup>31</sup> Ver Pia Acconci, *Tutela della salute e Diritto Internazionale* (Padua: Cedam, 2011), pág 55 y ss; para el principio de precaución, concretamente, pág. 31/36.

<sup>32</sup> Alessandro Mazzitelli, “Il principio di precauzione: inquadramento normativo, natura e limite alla luce della giurisprudenza comunitaria”, en *Il diritto dei consumi*, eds. Pietro Pierlingieri y Enrico Caterini (Nápoles: Scientifiche Calabresi, 2005), 157.

resuelve el fondo del asunto.

### **c) Modificaciones que el principio de precaución ha causado en distintas figuras del Derecho procesal tradicional**

El principio de precaución ha producido importantes cambios en los requisitos clásicos de diversas figuras procesales; además de la cuestión de la definitividad de la sentencia, que abordo más adelante, al resumir la jurisprudencia de la Corte Federal argentina, cabe detenerse en las siguientes:

#### **(i) Medidas cautelares**

De algún modo, la incerteza científica parece oponerse a la noción de “verosimilitud del derecho”, exigencia típica de las medidas cautelares. Por eso, los jueces aplican el principio de precaución adecuando este requisito. En este sentido, la Suprema Corte de la provincia de Bs. As., con cita de calificada doctrina, ha dicho que la necesidad de “reestablecer situaciones de hecho o impedir desde el comienzo el avance de la destrucción o de la polución, saca a las medidas cautelares de su quicio tradicional para hacerlas jugar en una función cuya justificación es connatural a situaciones regidas no sólo por el derecho privado sino por el público”<sup>33</sup>.

Por la misma razón, si el acto administrativo responde al principio de precaución, la procedencia de la medida cautelar de suspensión de ese acto encuentra mayores restricciones<sup>34</sup>.

#### **(ii) La vía del amparo, prevista en la Constitución Nacional**

La aplicación del principio de precaución también ha flexibilizado los requisitos de esta vía rápida. En este sentido, la Corte Suprema de la provincia de Buenos Aires ha dicho que “configura un yerro jurisdiccional exigir la acreditación de un daño concreto para la viabilidad de la acción intentada pues la conclusión surge clara ni bien se repara en el principio de

---

<sup>33</sup> SC Buenos Aires, “M. M. C. y otro s/ Amparo”, 8/8/2012, en *LL* 2012-E-537, *Doctrina Judicial* XXIX, no. 3 (16/1/2013): 20, *LL Bs. As.* 2012-851 (voto del Dr. Hitters) y resumen en Iván Budassi y Mónica Blanco, “Amparo ambiental. Principio precautorio. Prueba del daño”, *Jurisprudencia Argentina* IV (2012): 728 (JA 2012-IV-728). Compulsar también Julián E. Jalil, “La prevención del daño ambiental mediante la aplicabilidad de medidas cautelares precautorias”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XVI, no. 4 (abril de 2014): 185.

<sup>34</sup> Ver Cám. 4° CyC, Córdoba, “Morardo, Julio Ángel y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Alta Gracia”, 28/12/2012, en *ED* 254-943.

precaución desde que, en el caso, se pretende el cese de la fumigación a escasa distancia de la vivienda de los actores, lugar donde viven menores, situación que se presenta como de peligro inminente o daño potencial para la salud de los actores y lesiva al medio ambiente; en suma ‘el principio precautorio configura una pauta interpretativa que el juez debe ponderar especialmente si, en el caso, el demandado no cuenta con una autorización administrativa para fumigar’<sup>35</sup>. Por la misma razón, si la ley prohíbe la fumigación en determinadas áreas cercanas a la planta urbana y/o núcleo poblacional de carácter permanente, no corresponde hacer lugar al amparo deducido por los productores agrícolas ubicados en esa zona que pretenden fumigar<sup>36</sup>.

(iii) La presunción de legitimidad del acto administrativo

El principio de precaución también influye sobre la noción de “presunción de legitimidad del acto administrativo”, en el sentido que, para dar espacio al principio de precaución “se requiere flexibilizar esta suerte de ficción legal”, y “la cuestión no puede analizarse sólo desde el poder administrador y sus prerrogativas, sino también desde los derechos fundamentales”<sup>37</sup>. En este sentido, se ha decidido que “[l]a precaución distingue al derecho ambiental de otras disciplinas tradicionales que en el pasado sirvieron para lidiar con la degradación del medio ambiente, especialmente el derecho penal y el derecho civil, porque éstas tienen como prerequisites fundamentales certeza y previsibilidad, exactamente dos de los obstáculos de la norma ambiental”<sup>38</sup>.

Por aplicación de estas nociones se ha decidido que “en materia de daños ambientales no se exige certeza para otorgar la tutela preventiva sino que se apunta a la probabilidad; por aplicación del principio precautorio y con la finalidad de impedir o prohibir una actividad peligrosa o ilícita que constituye una amenaza seria al ambiente cabe, entonces, confirmar la medida que dispuso la suspensión de toda actividad de exploración, explotación, construcción u operación relacionada con el proyecto geotérmico hasta que se realice el estudio de impacto ambiental que brinde los datos necesarios a efectos de prevenir los peligros temidos”<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> SC Buenos Aires, “M. M. C. y otro s/Amparo”, 8/8/2012.

<sup>36</sup> Cám. 4º CyC, Córdoba, “Morardo, Julio Ángel y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Alta Gracia”, 28/12/2012.

<sup>37</sup> Andrea Mendivil, “¿No innovar contra la administración? El juego del principio precautorio y la presunción de legitimidad a partir del caso Salas”, *La Ley F* (2009): 465 (LL 2009-F-465).

<sup>38</sup> Antonio Benjamín, “Derechos de la Naturaleza”, en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, ed. Oscar Ameal (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001), 32.

<sup>39</sup> Cámara en todos los fueros, Sala III, Neuquén, “Caminata Juan c/Provincia de Neuquén, s/Amparo”

(iv) Prueba

Otro ámbito procesal fuertemente “contaminado” por el principio de precaución es el de la prueba. Evidentemente, esta es una figura que requiere siempre prueba pericial de alta complicación<sup>40</sup>. Dice Jorge Peyrano: el funcionamiento del principio de precaución presupone que existe incertidumbre científica sobre la nocividad denunciada y sus alcances, todo lo cual debe ser objeto de acreditación científica. Vale decir, el requirente de la tutela ambiental debe probar científicamente que existen sospechas fundadas acerca de la nocividad denunciada. Por su parte, el requerido debe intentar demostrar, también con base científica, que las sospechas en cuestión son infundadas, no han sido probadas o carecen de intensidad suficiente. Las dudas acerca de la aplicabilidad del principio precautorio invocado que susciten las opiniones controvertidas existentes y las pruebas antagónicas producidas deben resolverse a favor de la tutela ambiental. Ello así porque lo habitual será que el requerido se encuentre en mejores condiciones de acreditar que las sospechas de nocividad denunciadas serían infundadas<sup>41</sup>.

#### **4. El principio de precaución en el ámbito de la función resarcitoria de la responsabilidad civil**

Aún en el ámbito ambiental, el principio de precaución juega, principalmente, en el ámbito de la prevención. En efecto, la mayoría de las sentencias que aplican correctamente el principio de precaución disponen medidas para evitar daños posibles. No son decisiones de reparación del daño causado.

De cualquier modo, aunque con menor intensidad, también tiene repercusiones en el ámbito de la reparación. Así, por ejemplo, si el daño finalmente acaece y el Estado nada hizo sobre la base de que no había certeza sino incertidumbre, puede ser responsable por el incumplimiento de la obligación de actuar previsto en el art. 4 de la ley del ambiente si esa omisión tiene relación causal adecuada con el daño producido.

En cambio, si el gobierno toma medidas razonables y, finalmente, el daño no se produce, la reparación a favor de quien sufrió un daño por alguna medida restrictiva podría funcionar

---

27/12/2010, en ED 242-1072.

<sup>40</sup> Para el tema ver Adélie Pomade, dir., *L'expertise du Haut Conseil des biotechnologies: un facilitateur du dialogue sciences/société?* (París: ed. Societé de Législation comparée, 2014).

<sup>41</sup> Peyrano, “Vías procesales para el principio precautorio”.

sólo si se dan los presupuestos que cada legislación requiere para hacer responsable al Estado por acto lícito.

En el derecho comunitario, se recuerda un caso en el que el tribunal de la Unión Europea liberó de responsabilidad a la Comisión. Se trata de la sentencia recaída en *Malagutti-Vezinhet*<sup>42</sup>. El órgano comunitario fue demandado por haber puesto en actividad el sistema de comunicaciones establecido en la Directiva 92/59/CEE del Consejo, de 29 de junio de 1992, relativa a la seguridad general de los productos<sup>43</sup>. En efecto, había difundido un mensaje de alerta rápida, que informaba, conforme un comunicado del gobierno del país importador, la presencia de residuos de plaguicidas en manzanas<sup>44</sup> de origen francés, en el que mencionaba el nombre de la demandante como empresa exportadora de esas mercancías. Se demandó sólo a la Comisión y no al país en el que el comunicado se había originado. La Corte dijo: “Dado que se trataba de prevenir riesgos para la salud de los consumidores, era suficiente que la Comisión se encontrara ante datos plausibles, proporcionados por el gobierno del país importador, que indicaban la existencia de un vínculo entre la demandante y las manzanas consideradas peligrosas; en la medida en que subsistían dudas, según el principio de cautela, la autoridad competente estaba obligada a adoptar las medidas adecuadas con vistas a la prevención de determinados riesgos potenciales para la salud pública. Si fuese preciso esperar a los resultados de todas las investigaciones necesarias antes de adoptar tales medidas, se estaría privando de eficacia al principio de cautela”<sup>45</sup>.

## 5. Breves referencias a la jurisprudencia argentina de los jueces de instancias inferiores

<sup>42</sup> Comisión de las Comunidades Europeas, “*Malagutti-Vezinhet c/ Comisión Europea*”, del 10 de marzo del 2004 (T 177/02)

<sup>43</sup> Esa directiva creó un sistema de intercambio rápido de información en las situaciones de urgencia relacionadas con la seguridad de los productos. Se trata del «sistema comunitario de alerta rápida para los productos alimenticios».

<sup>44</sup> Tenían una substancia que se denomina dicofol, al parecer, en un porcentaje superior al permitido por la normativa de la UE. Sin embargo, con posterioridad se probó que no existía ese elemento.

<sup>45</sup> Para otros casos ante el tribunal ver Mariano Novelli y Juliana Tabares, “Problemática del principio precautorio en la Unión Europea”, *Revista de Derecho Ambiental*, no. 32 (2012): 275; Francisco J. Sanz Larruga, “El principio de precaución en la jurisprudencia comunitaria”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, no.1 (2002): 117; Romualdo Bermejo García y Rosana Garcíandía Garmendia, “Algunas cuestiones en torno a los organismos modificados genéticamente y su evolución: hacia el futuro con cautela”, en *La bioseguridad en la encrucijada europea. La aplicación jurídica en Francia y España*, dir. Juan Francisco Escudero Espinosa (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 24 y ss. Para la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver Elisa Ruozi, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani* (Nápoles: Jovene, 2011), 79-83.

### **a) Algunas menciones incorrectas en la jurisprudencia**

En algunas ocasiones, el juez menciona el principio de precaución, pero su invocación y aplicación es incorrecta porque en el caso no existe incertidumbre científica, uno de los presupuestos exigibles para su funcionamiento. Este defecto también se advierte en algunos autores que ejemplifican con supuestos de riesgos futuros, pero en los que no existe incerteza científica; por el contrario, se sabe que son productos que causan daños (desechos de la industria del cuero, químicos y sustancias tóxicas vertidas en arroyos, etc.)<sup>46</sup>; otros, incluso, titulan un libro con la palabra precaución, pero con pocas referencias a supuestos de incerteza científica<sup>47</sup>.

### **b) Un supuesto frecuente en la jurisprudencia: los campos electromagnéticos**

Los campos electromagnéticos plantean riesgos típicos del derecho ambiental. Hace muchos años, en 1979, una revista científica norteamericana publicó un artículo que presentó como hipótesis de trabajo la posibilidad de que la muerte por cáncer de 344 niños de la zona cercana a la ciudad de Denver encontrase su causa en las líneas de alta tensión ubicadas cerca de las viviendas que ellos habitaban. La epidemióloga Wertheimer no lograba acreditar con certeza la causa de esas muertes masivas; sin embargo, el único elemento que podía explicar ese fenómeno era la vecindad con las casas; ayudada por un físico, comenzó a calcular la intensidad de esas líneas magnéticas; obviamente, el estudio se expuso a violentas críticas, especialmente del mundo científico, pues como es sabido, antes como ahora, la sociedad moderna ya no puede sobrevivir sin energía eléctrica; de cualquier modo, tuvo el mérito de ser el primero de una larga serie de estudios médicos sobre la peligrosidad de esas ondas<sup>48</sup>.

En la Argentina, el tema ha sido motivo de soluciones diversas en la jurisprudencia<sup>49</sup>. El

---

<sup>46</sup> Ver por ej., Eugenio Cozzi, *El principio de precaución. Las patentes de invención y la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005), 51 y ss.

<sup>47</sup> Michela Passalacqua, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza* (Pádua: Cedam, 2012). El libro contiene sólo cinco páginas para distinguir la prevención de la precaución (págs. 54-59). El resto hace a la prevención, o sea, supuestos en los que no existe incerteza científica.

<sup>48</sup> Relatado por Concetta Maria Nanna, *Principio di precauzione e lesioni da radiazioni non ionizzanti* (Nápoles: Scientifiche italiana, 2003), 9.

<sup>49</sup> Para la jurisprudencia española, ver Ricardo de Ángel Yágüez, “Un singular contraste, en la jurisprudencia española, sobre el significado jurídico del ‘estado de la ciencia’: resoluciones judiciales sobre riesgos de exposición a campos electromagnéticos”, *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, año XIII, no. 4 (abril 2011): 3; también Gabriel Doménech Pascual, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos* (Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2006), 54 y ss.

caso *Alarcón Francisco y otros c/Central Dock Sud*, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 28/9/2010, será abordado más adelante, junto con las otras sentencias del alto tribunal del país. Ahora resumo algunas decisiones de otros tribunales; destaco que en la mayoría de los procesos sólo se reclamó la cesación de la actividad y no la reparación del perjuicio.

En la tendencia *negatoria*, o sea, la que rechaza la aplicación del principio de precaución se ubican las que afirman:

“No procede la acción de amparo tendiente a que se proceda a la erradicación de antenas de telefonía celular, toda vez que no se ha logrado demostrar la potencialidad del electromagnetismo para producir los daños a la salud o al medio ambiente aducido por los accionantes, tornando el planteo de amparo en meramente conjetural y por ende carente de base fáctica”<sup>50</sup>.

“No puede acogerse favorablemente la acción de daño temido si las pericias evidencian que las antenas cuestionadas se adecuan a las medidas de seguridad que deben cumplir, a los fines de no causar daños a la salud, conforme los parámetros nacionales e internacionales, encontrándose, incluso, por debajo de los máximos permitidos”<sup>51</sup>.

La posición *afirmativa*, que puede ser calificada de mayoritaria, resuelve:

“Aunque no haya certeza científica con relación al efecto negativo que poseen los transformadores que contienen PCBs sobre la salud de la población, el solo peligro de que pueda causar un daño grave e irreversible es justificativo para que se tomen medidas que impliquen la aplicación de restricciones o prohibiciones a las actividades presumiblemente riesgosas con base en estudios científicos objetivos de evaluación preliminar en los términos de la ley 25.675”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> TSJ Córdoba, “Castellani Carlos y otros s/Amparo”, 11/03/2003, con nota crítica en Néstor Caferatta, “Principio precautorio en un fallo del Tribunal Superior de Córdoba”, *La Ley Córdoba* (2003): 1200. La sentencia está transcripta en sus partes principales en Drnas De Clemént, coord. *El principio de precaución ambiental*, 183-186.

<sup>51</sup> Cám. CyC, Córdoba, Sala V, “Asis, María F. v. Giorda, Mario L. y otro”, 20/3/2007, en *Revista de Derecho Ambiental* 11 (Julio/ Septiembre 2007): 95, con nota desaprobatoria de Alicia Morales Lamberti, “Campos electromagnéticos, poder de policía ambiental y principio precautorio en la reciente doctrina judicial de la provincia de Córdoba”, *Revista de Derecho Ambiental*, no. 11 (Julio/ Septiembre 2007): 108.

<sup>52</sup> Cám. CyC, Corrientes, Sala IV, “Cosimi, María del Carmen c. Dirección Provincial de Energía de Corrientes”, 5/10/2005, en *JA* 2005-IV-330; *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año VIII, no. 5 (Mayo 2006): 97; y en *LLLitoral* 2006 (marzo): 136.

“Ordenar a la Dirección de Energía de Corrientes trasladar y reemplazar los transformadores que se encuentran en la cercanía de la casa de una mujer que padece cáncer pues, si bien no existe prueba científica de la existencia de PCB’s en ellos, hay claras y precisas presunciones de que podrían haber contenido dicha sustancia prohibida por la legislación nacional”<sup>53</sup>.

“Suspender los trabajos vinculados al tendido subterráneo de doble terna de cables destinados a la alimentación de una subestación hasta tanto las facultades de Medicina e Ingeniería de la Universidad de La Plata se expidan sobre los posibles efectos negativos a la salud de los campos electromagnéticos, dado que los informes oficiales de organismos internacionales permiten concluir razonablemente que los habitantes de la Municipalidad podrían exponerse a los daños potenciales que podría generar la exposición continua y prolongada de los campos electromagnéticos que produciría el cableado de alta tensión”<sup>54</sup>.

“Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los vecinos de un barrio a fin de que se ordene el cese de las obras destinadas a la instalación de una antena de comunicaciones móviles, pues el hecho de que dicha instalación no haya obtenido la autorización correspondiente, sumado a que el terreno en el cual se ubicaría la antena se encuentra en una zona urbana y en las cercanías de un jardín de infantes, resultan razones suficientes para tener por acreditada la verosimilitud del derecho a la luz del principio de precaución”<sup>55</sup>.

“Ordenar el retiro de una la cámara transformadora que funciona en una escuela. Sin embargo, dado que esa cámara provee de energía eléctrica a los vecinos de la zona, terceros ajenos a esta contienda y cuyos derechos en cuanto usuarios y consumidores deben ser adecuadamente preservados y respetados, la demandada debe arbitrar todos los medios necesarios para garantizar el normal suministro eléctrico de los usuarios del área, una vez retirada o puesta fuera de servicio la mencionada cámara transformadora; a tal efecto, debe

---

<sup>53</sup> Cám. CyC, Corrientes, Sala IV “Cosimi María del Carmen c. Dirección Provincial de Energía de Corrientes s/acción de amparo Ambiental”, 22/6/2012, en *LLLitoral* 2012 (julio): 656.

<sup>54</sup> Cám. Fed. La Plata, Sala I, “Edesur c/Municipalidad de Berazategui”, 30/8/2007, en *Revista de Derecho Ambiental* no. 13 (2008): 155, con nota aprobatoria de Aníbal Faldo, “La tutela del ambiente ante la incertidumbre”, *Revista de Derecho Ambiental*, no. 13 (2008): 161. En el caso, se dispone la suspensión de los trabajos vinculados al tendido subterráneo de doble terna de cables destinados a la alimentación de una subestación. Un caso similar había sido resuelto por la Sala II de ese mismo Tribunal “Asociación Coordinadora de Usuarios, Consumidores y Contribuyentes c. ENRE - EDESUR s/ cese de obra de cableado y traslado de Subestación Transformadora”, 8/7/2003 (Ver resumen de esa decisión en Zlata Drnas De Clemént, coord. *El principio de precaución ambiental*, 192).

<sup>55</sup> Cám. Fed. La Plata, Sala III, “Agüero c/ Municipalidad de Cañuelas”, 25/10/2007, en *EIDial* AA43D1 y comentado en Alejandra Arancet, “Contaminación urbana electromagnética”, *La Ley* E (2008): 602 (LL 2008-E-602).

presentar en el plazo de 30 (treinta) días hábiles el respectivo cronograma de trabajos, y una vez aprobado el cronograma de trabajos e iniciadas las obras, presentar informes quincenales dando cuenta del grado de avance en el cumplimiento de la sentencia, todo ante el juez de primera instancia<sup>56</sup>.

“Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un municipio contra la resolución que dispuso la desactivación, desmantelamiento y prohibición de instalar antenas de telefonía, radiotelefonía, televisión, radares y demás elementos que irradian ondas electromagnéticas en la zona municipal y el traslado a otro lugar donde no exista peligro potencial para la salud y el ambiente, en tanto, en el ámbito científico, aún no existe certeza acerca de la inocuidad de las emisiones electromagnéticas de las antenas<sup>57</sup>.”

En definitiva, la debatida cuestión de los campos magnéticos no tiene aún una respuesta única en la jurisprudencia argentina. Los jueces intentan proteger el ambiente, pero sin perjudicar la prestación de un servicio público esencial para la población.

## **6. El principio de precaución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.**

En alguna oportunidades, la Corte Federal ha expresado que cuando se peticiona la protección del ambiente con base en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo y, consecuentemente, la sentencia es definitiva y, consecuentemente, revisable por la Corte<sup>58</sup>.

No obstante, la jurisprudencia no es del todo clara. El presidente del tribunal (Dr. Ricardo Luis Lorenzetti) ha mantenido una línea definida: la sentencia que aplica o niega la aplicación del principio de precaución es definitiva, y no debe ser asimilada a una que resuelve una medida cautelar. Los otros integrantes del tribunal, en cambio, tienen posiciones variadas,

---

<sup>56</sup> Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires contra GCBA y otros sobre amparo”, 27/03/2008, en *La Ley Ciudad Autónoma de Bs. As.*, no. 1 (2008): 116.

<sup>57</sup> ST Jujuy, “Calderón, Jorge R”, 16/4/2007, en *La Ley Noroeste 2007* (agosto): 709. Un caso similar fue resuelto en Cám. Fed. de San Martín, Sala I, “E.S.A”, 22/12/2000, al hacer lugar al amparo deducido por una persona que padecía un mal que “presuntamente podía estar vinculado con el tóxico de un transformador cercano a su domicilio”. El caso es citado por Drnas De Clemént, coord. *El principio de precaución ambiental*, 172. La autora afirma que el tribunal citó erróneamente el principio de prevención, pues debió invocar el de precaución, dado que no existía certeza científica sobre si el transformador era o no la causa de la enfermedad.

<sup>58</sup> CSJN, “Beatriz Silvia Mendoza y otros c. Estado Nacional y otros”, 2008, *fallos* 331:1622.

según sea el caso que llega al tribunal.

a) La primera sentencia que menciona el principio de precaución, aunque en el voto de la minoría, es la del 13/7/2004, recaída en el caso “*Asociación de superficiarios de la Patagonia c/YPF*”<sup>59</sup>.

En efecto, con fundamento en el principio de precaución, tres de los siete integrantes del tribunal propiciaron acoger la pretensión de imponer a la demandada la obligación de contratar un seguro. Aunque en minoría, abrieron el camino a posteriores decisiones que sí lo aplicaron.

b) *Werneke Adolfo y otros, 14/10/2008*<sup>60</sup>.

Este caso interesa especialmente pues algunos votos ingresan en el difícil tema de la carga probatoria. La Cámara Federal de Bahía Blanca declaró inaplicable una ley provincial que permitía la pesca artesanal y el otorgamiento de permisos de pesca en una reserva natural, por contrariar la protección del ambiente prevista en la Constitución nacional<sup>61</sup>. Afirmó que “*la falta de un estudio que permita establecer con rigor científico si es posible o no explotar los recursos ictícolas de la zona y, en su caso, los volúmenes admisibles, así como también las especies cuya captura debe ser específicamente prohibida, no puede ser argumento para rechazar la medida solicitada que persigue la protección del espacio de biodiversidad en una zona de reserva natural de usos múltiples, si el carácter irreversible del proceso encierra el riesgo de negar a las generaciones futuras el acceso al uso o goce del recurso*”. Afirmó, quizás con demasiada audacia, que “*Cuando una acción o proceso pueden generar un daño ambiental de naturaleza irreversible, como ocurre con la pesca comercial y artesanal en zona de reserva natural de usos múltiples, para resolver un pedido de medida cautelar rige el principio precautorio que se caracteriza por invertir la carga de la prueba, la cual recae sobre quien pretende alterar el statu quo por medio del desarrollo de un proyecto o actividad*

<sup>59</sup> CSJN, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros”, 2004, fallos 327:2967.

<sup>60</sup> CSJN, “Werneke, Adolfo Guillermo y otros c. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires”, 2008, fallos 331:2223.

<sup>61</sup> Cám. Fed. de Bahía Blanca, Sala II, “Werneke, Adolfo G. y otros c. Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción de la Provincia de Buenos Aires”, 11/5/2006, en ED 216-414; y en *Revista de Derecho ambiental*, no. 8 (2006): 159, Gabriela García Minella, “Bahía San Blas: un lugar en el mundo”, *Revista de Derecho Ambiental*, no. 8 (2006): 171 Juan M. Vezzulla, “La protección del desarrollo sustentable en el caso ‘Bahía San Blas’. Un enfoque sistemático e intergeneracional”, *Revista de Derecho Ambiental*, no. 8 (2006): 186.

*industrial*”.

La decisión fue recurrida por la provincia de Buenos Aires, y por un grupo de pescadores artesanales. Por mayoría, la Corte decidió rechazar formalmente el recurso. Dos votos, adhirieron al dictamen de la Procuración y propiciaron la apertura del recurso extraordinario y la confirmación de la sentencia. Interesan los conceptos vertidos en el dictamen de la procuración referidos a la carga de la prueba en el principio de precaución: “Cuando se afirma que el principio de precaución implica una *inversión de la carga de la prueba* no debe entenderse esta expresión en su sentido literal o estricto. Es decir, ello no supone que el introductor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un *riesgo cero*. Precisamente, en un terreno dominado por las incertidumbres científicas sería contradictorio exigir la prueba científica de que no existe ningún riesgo, porque ello supondría reclamar una prueba imposible, una prueba negativa (*probatio diabólica*). De lo que se trata, en realidad, es de promover un rol más activo del introductor del riesgo en el esfuerzo orientado a determinar su grado de probabilidad y magnitud. Es decir, el principio de precaución faculta a las autoridades públicas a exigir a quien introduce productos o desarrolla actividades potencialmente riesgosas que aporte sus propias conclusiones científicas sobre la base de las cuales estima que tales productos o actividades no traen aparejados riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente”<sup>62</sup>.

c) *Salas, Dino y otros c/Provincia de Salta y Estado Nacional*, 29/12/2008<sup>63</sup>, 26/3/2009<sup>64</sup> y 13/12/2011<sup>65</sup>.

Este es el primer caso en el que una sentencia de la Corte aplica el principio de precaución.

<sup>62</sup> Dictamen de la Procuración General, apartado IV.

<sup>63</sup> CSJN, “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, 2008, *fallos* 331:3258, *LL* 2009-A-420 y *ED* 235-1176 con notas de Leticia Krannichfeldt *Hacia la protección jurídica de los bosques nativos*, 3, y de ISOLA, Alfredo E. Isola, *Amparo ambiental*, 4; en María Eugenia Di Paola y José Esaín, “La Corte suspende el ecocidio en el bosque salteño”, *La Ley* C (2009): 471 (LL 2009-C-471); Andrea Mendivil, “¿No innovar contra la administración?”. Se ha sostenido que el antecedente del caso Salas puede encontrarse CSJN, “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi c/Secretaría del medio ambiente y desarrollo sustentable”, 2003, *fallos* 325:1745, *LL* 2004-C-276. En este precedente también se habían impugnado permisos de tala de bosques por falta de Evaluación de impacto ambiental. La sentencia deja sentada las bases de la obligatoriedad del EIA (ver Claudia Sbdar, “Revisión judicial de los instrumentos de gestión y política ambiental. Su análisis desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley* F (2009): 1146 (LL 2009-F-1146).

<sup>64</sup> CSJN, “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, 2009, *fallos* 332:663, con resumen y nota en Sebastián Aguirre Astigueta, “El principio precautorio ante el conflicto entre desarrollo y preservación”, *La Ley* B (2009): 683 (LL 2009-B-683).

<sup>65</sup> CSJN, “Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional”, 2011, *fallos* 334:1754, con nota en Sebastián Aguirre Astigueta, “Intervención cautelar de la Corte en materia ambiental”, *La Ley* B (2012): 191 (LL 2012-B-191).

Asociaciones de pueblos originarios y otras personas individuales se quejaron de la tala indiscriminada de árboles, actividad que venía realizándose con autorizaciones otorgadas por el gobierno de la provincia de Salta. La Corte Federal, en su decisión de diciembre de 2008 invocó el principio de precaución, citó a una audiencia pública, suspendió provisionalmente las tareas de tala y desmonte, y ordenó que se rindieran una serie de informes.

El 13/12/2013, la Corte tuvo por cumplidas las medidas dispuestas, levantó la prohibición dictada a través de la cautelar por “no subsistir las circunstancias que determinaron el dictado, pues ha desaparecido el peligro de daño irreversible que determinación la decisión” y a partir de allí, se desprendió del conocimiento de la causa.

En suma, después de haber dictado las resoluciones tres resoluciones, la Corte se declaró incompetente para seguir entendiendo, pero mientras tanto, intervino para dar repuesta, aunque sea transitoria, a un agudo problema ambiental existente en la provincia de Salta<sup>66</sup>.

*d) CSJN, 28/9/2010, Alarcón Francisco y otros c/Central Dock Sud<sup>67</sup>.*

Un grupo de vecinos promovió acción con el objeto de obtener: (i) el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la instalación de un electroducto de alta tensión que se extiende a lo largo de una calle; (ii) el cese de la contaminación y perturbación ambiental, para cuyo fin postularon que se prohíba la utilización de las líneas transmisoras de electricidad y el retiro de las torres y cableados existentes. Asimismo, peticionó el dictado de una medida cautelar consistente en el cese de la utilización de las líneas de alta tensión situadas en el frente de sus viviendas y el retiro de las torres y cableados existentes. Invocó que la línea de alta tensión mencionada provocaba un menoscabo en el ambiente y en la salud, la existencia de riesgo de electrocución, incendio y explosiones y, particularmente, la amenaza de contraer enfermedades por la exposición a los campos electromagnéticos emitidos.

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata confirmó la sentencia de primera instancia y rechazó la medida cautelar solicitada por los actores; no obstante, dispuso una medida precautoria distinta: intimó a las empresas demandadas para que en el plazo de ciento veinte días realizaran gestiones con los actores tendientes a prevenir los posibles daños que la electro polución provoca en su ambiente. Además, estableció que ambas partes debían

<sup>66</sup> Ver María Benavente, “El legado del caso ‘Salas’”, *Revista de Derecho Ambiental*, no. 30 (2012): 25.

<sup>67</sup> CSJN, “Alarcón Francisco y otros c/Central Dock Sud”, 2010, *fallos* 333:1849. *ED* 240-1127, *Doctrina Judicial*, boletín no. 2 (2011): 23.

concertar los acuerdos necesarios para la preservación de los derechos de los actores contemplando, inclusive, su traslado a viviendas adecuadas en lugares a los que consientan desplazarse, cuyos costos, eventualmente, podrán ser deducidos de la indemnización que se solicita. Asimismo, estableció que las empresas demandadas debían presentar a ese tribunal un informe detallado sobre los resultados que se obtengan. El tribunal advirtió que en la actualidad no existe certeza científica resultante de investigaciones y que, incluso, algunos resultados son frecuentemente contradictorios. Empero, la Organización Mundial de la Salud recomienda que, hasta tanto finalicen las investigaciones sobre el tema, se cumplan las normas de seguridad internacionales y nacionales, entre las cuales se encuentra la resolución 77/98 de la Secretaría de Energía de la Nación que adopta las directrices internacionales sobre la materia. Advirtió que existían diferencias con otra causa similar en la que el tribunal hizo lugar a la suspensión de una obra de cableado ya que en aquel proceso la obra aún no se había llevado a cabo. Concluyó que, por tanto, no podía acoger la medida de cese de la utilización de una línea de alta tensión que se encontraba funcionando, máxime si se consideran los daños que se provocarían en la normal prestación de un servicio público esencial para la comunidad, aspecto este último que no podía dejar de atender y resguardar al momento de decidir.

La decisión fue recurrida por la parte demandada. Cuatro jueces que hicieron mayoría rechazaron el recurso fundados en la inexistencia de sentencia definitiva (sostuvieron que se trataba de una medida cautelar).

Tres jueces entendieron que la sentencia reunía los caracteres de definitividad. Recordaron que en anteriores pronunciamientos, la Corte había sostenido que cuando se peticiona la protección del ambiente con base en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente autónomo y definitivo. Este voto sostuvo que la sentencia debía ser revocada, con estos argumentos:

- La aplicación del principio precautorio, como *principio jurídico de derecho sustantivo*, es una *guía de conducta*.

- El límite de las facultades judiciales está dado por el respeto a los principios del debido proceso y de la defensa en juicio. No corresponde a los jueces extender el principio *iura novit curia* y apartarse de lo que resulte de los términos de la demanda o de las defensas planteadas por los demandados. La sentencia impugnada, en cuanto dispuso medidas que nadie solicitó afectó los principios del debido proceso y de la defensa en juicio.

e) *CSJN, Schroder, Juan y otros c/ Invap. 4/5/2010*<sup>68</sup>.

Un vecino de provincia de Buenos Aires, interpuso una acción con el objeto de que se declarara la nulidad de una cláusula del convenio firmado entre una sociedad del Estado (Invap) y ANSTO (*Australian Nuclear Science & Technology Organization*); interpretó que según dicha cláusula, INVAP y el Estado Nacional intentarían ingresar al territorio nacional combustible quemado de un reactor nuclear vendido a Australia, residuos y desechos radiactivos.

El juez de primera instancia rechazó la demanda, pero la Cámara Federal de Bahía Blanca, revocó la sentencia de grado, hizo lugar a la pretensión y declaró que "es inconstitucional la intención de la accionada de ingresar al territorio del país combustible quemado, de un reactor nuclear vendido a Australia, residuos y desechos radiactivos". Asimismo ordenó al Poder Ejecutivo Nacional que adoptara las medidas necesarias para hacer efectiva la prohibición de ingreso establecida.

Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte Federal llamó a una audiencia pública de carácter informativo, en la cual las representaciones de cada una de las partes fueron interrogadas sobre diversos aspectos del planteo traído a su conocimiento.

La Corte entendió que:

- no se había aportado prueba de la existencia de residuos de esa naturaleza;
- una interpretación ajustada al derecho vigente impide declarar la inconstitucionalidad de una intención. Es legítima la declaración de nulidad de una cláusula contractual cuando se demuestre con evidencia clara y concreta que ésta se opone al ordenamiento ambiental que es de orden público, pero no cabe hacerlo respecto de una intención que indica que un acto puede o no llevarse a cabo;
- en el estado de la causa no se verificaba un supuesto en el que sea aplicable el principio de precaución en tanto no existe prueba sobre la existencia de un peligro de daño grave o irreversible derivado de estos combustibles.

Aunque revocó la sentencia, la Corte aclaró, con voto disidente de la Dra. Carmen Argibay, que "la conclusión alcanzada no frustra ni retacea las facultades que asisten, entre

---

<sup>68</sup> CSJN, "Schroder, Juan y otros c/ INVAP", 2010, *fallos* 333:570. *ED* 238-1129; *Doctrina Judicial*, año XXVI, no. 26 (30/06/2010); resumen del fallo en *LL* 2010-D-29, con nota en Eduardo P. Jiménez, "Combustible gastado o desechos radioactivos", *La Ley E* (2010): 203 (*LL* 2010-E-203).

otros al demandante, para efectuar un seguimiento riguroso de la evolución del cumplimiento del contrato y, de verificar un peligro de daño ambiental que pueda configurar un caso contencioso con el alcance subrayado en el considerado 10, actuar preventiva o precautoriamente mediante las acciones judiciales pertinentes”.

*f) CSJN, 26/05/2010 “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”<sup>69</sup>.*

Una asociación solicitó que la demandada: (i) dé cumplimiento a las previsiones de la Ley 25.675 que "establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable"; (ii) se inscriba debidamente en el Registro Nacional de Generadores y Operadores de Residuos Peligrosos (Leyes 24.051, 25.612 y cc.). Dijo que previo a ordenar estas medidas era necesario: (A) *despejar la incertidumbre jurídica* del régimen legal de la ley de residuos radiactivos [...] teniendo en cuenta que la Comisión Nacional de Energía Atómica (CONEA) es generador y responsable por el manejo, transporte, manipulación y disposición final de residuos peligrosos y no sólo radiactivos de baja radiactividad que tienen otro tratamiento legal y aplicarle la ley 24051; (B) Determinar “si del transporte de residuos de baja radiactividad que envía la empresa DIOXITEK de Córdoba a Sierra Pintada contienen también residuos peligrosos lo cual implica transporte interjurisdiccional debiendo la CONEA estar inscripta en el registro nacional de generadores de residuos peligrosos”; (C) Establecer "Si del total de pasivos ambientales depositados en Malargüe y Sierra Pintada existen residuos peligrosos; así también en las minas abandonadas de Agua Botada y Huemul".

El juez de primera instancia acogió la medida de no innovar y ordenó a la Comisión Nacional de Energía Atómica (CONEA) que se abstenga de modificar el estado actual del yacimiento minero Sierra Pintada, y de ingresar o egresar del complejo minero cualquier carga distinta a la estrictamente útil para su mantenimiento y conservación.

La Cámara Federal de Mendoza revocó la decisión porque en la acción declarativa (acción principal deducida) no procede este tipo de medidas cautelares; por lo demás, dijo, no se habían cumplido los requisitos clásicos para despachar este tipo de medidas.

---

<sup>69</sup> CSJN, “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, 2010, *fallos* 333:748. LL 2010-D-30, ED 238-1136 y JA 2011-I-466.

La asociación recurrió a la Corte. Dijo que si la Comisión Nacional de Energía Atómica reabría los yacimientos mineros de uranio, se produciría un gravamen de imposible reparación ulterior (daño a la vida y a la salud de personas expuestas); se violaría impunemente la ley 25.675 que exige para este tipo de actividades un estudio de impacto ambiental previo, la contratación de un seguro ambiental y la concreción del fondo de restauración; también se incumplirían las disposiciones que regulan el transporte interjurisdiccional.

Tres jueces adhirieron al dictamen de la Procuración y rechazaron formalmente el recurso con el argumento de que las medidas cautelares no generan decisiones definitivas susceptibles de ser revisadas por el recurso extraordinario.

El Dr. Lorenzetti se sumó a la mayoría y rechazó el recurso, pero con otra línea argumental distinguiendo entre pretensión declarativa para poner fin a un estado de incertidumbre respecto de una relación jurídica y una pretensión en la que se reclama la aplicación del principio de precaución. Insistió en que los jueces tienen amplias facultades para la protección del ambiente pero no pueden modificar el objeto de la pretensión examinando un tipo de acción como si se tratara de otro distinto. Ello es lo que *ocurriría si en lugar de resolver sobre la falta de certeza se hiciera un análisis del riesgo ambiental y se dispusieran medidas excediendo totalmente el marco legal de la acción.*

Tres jueces, en minoría, propiciaron revocar la decisión. Sostuvieron que el tribunal de apelaciones había omitido realizar un balance provisorio entre la perspectiva del acaecimiento de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente a la luz del principio de precaución.

En suma, esta sentencia trata el principio de precaución pero, por decisión mayoritaria, implícitamente, al dejar firme la sentencia de cámara de apelaciones, podría estimarse que se lo considera no aplicable al caso<sup>70</sup>.

g) *Leaño, Julia Rebeca y otros c/ Provincia de Jujuy, 29/3/2011*<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> A título anecdótico, señalo que la CNEA ha sido sancionada por el Departamento General de Irrigación de Mendoza por la contaminación del agua utilizada en la actividad minera dado que se comprobó la existencia de altos valores de uranio en el agua freática en la zona subyacente. Esta sanción fue confirmada en SC de la Provincia de Mendoza, “Estado Nacional – Comisión Nacional de energía Atómica (CNEA) v. Dpto Gral. De Irrigación s/APA”, 17/5/2012, con nota en Mauricio Pinto, “Contaminación minera y recurso hídrico: a propósito de la eficacia en el control”, *Revista de Derecho Ambiental*, no. 34 (abril/junio 2013): 277

<sup>71</sup> CSJN, “Leaño, Julia Rebeca y otros c/ Provincia de Jujuy”, 2011. *Doctrina Judicial*, no. 23 (2011): 42.

Un grupo de vecinos interpuso acción de amparo. Pidió se ordenase a la provincia de Jujuy: (i) abstenerse de otorgar cualquier permiso de cateo, exploración o de explotación minera a cielo abierto o que en cualquiera de sus procesos se utilicen sustancias químicas como cianuro, mercurio, ácido sulfúrico, uranio y otras sustancias tóxicas similares en la zona de la Quebrada de Humahuaca; (ii) revocar los permisos concedidos o en trámite. Se invocó el art. 41 de la C.N. que protege el derecho al ambiente sano y el principio de precaución.

El juez de primera instancia rechazó la demanda. El caso llegó al Superior Tribunal de Jujuy que, por mayoría, el 23/2/2010<sup>72</sup>, revocó la decisión, pero tras considerar que en el trámite se había violado el derecho de defensa de una parte con suficiente legitimación procesal (la empresa a la que se habían otorgado las autorizaciones), ordenó la remisión del expediente al tribunal de origen para que, previa citación de esa empresa, dictase un nuevo pronunciamiento.

El juez Tizón, en minoría, sostuvo que la petición debía ser acogida; invocó el principio de precaución y afirmó enfáticamente: “Resulta un absurdo contrasentido permitir nuevas explotaciones mineras a cielo abierto en un territorio declarado patrimonio cultural de la humanidad, acto o declaración que, como se sabe, es revocable, y tal revocación causaría seguramente daños a la infraestructura turística ya realizada”.

La decisión fue recurrida. El Superior Tribunal de Jujuy concedió el recurso, pero la Corte Federal declaró la nulidad de esa resolución judicial por razones formales.

*h) Comunidad del Pueblo Diaguíta de Andalgalá c/ Provincia de Catamarca p/ amparo ambiental, 17/4/2012<sup>73</sup>.*

La Comunidad del Pueblo diaguíta de Andalgalá interpuso amparo ambiental ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra la provincia de Catamarca, Minería Agua Rica LLC (sucursal Argentina), el Estado Nacional, la provincia de Tucumán, Salta, La Rioja y/o quien resulte titular de la concesión minera a cargo de la explotación del yacimiento Agua Rica, a efectos de que se ordene el cese inmediato de todo tipo de actividad y/o explotación llevada

<sup>72</sup> ST Justicia de la Provincia de Jujuy, “Leaño, Julia R. c/Estado provincial”, 23/2/2010, en *JA* 2010-III-307; *LL Noroeste* 2010-422. El fallo se publica en resumen y con nota en Sebastián Aguirre Astigueta, “Otra vez el principio precautorio: explotaciones mineras en la Puna”, *La Ley Noroeste Argentino* 2010 (junio): 421.

<sup>73</sup> CSJN, “Comunidad del Pueblo Diaguíta de Andalgalá c/ Provincia de Catamarca p/ amparo ambiental”, 2012, en *LL* 2012-C-101 y *LL* 2012-C-324; resumen del fallo y con nota en Antonio G. Gómez, “Competencia federal y megaminería”, *La Ley D* (2012): 654 (*LL* 2012-D-654).

a cabo en la zona. Alegó que existía una grave e inminente afectación a la salubridad y habitabilidad del ambiente donde reside dicha comunidad. Solicitó se pondere el principio precautorio.

La Corte de la Nación, por mayoría, siguiendo el dictamen de la procuración general, se declaró incompetente.

En disidencia, el Dr. Ricardo Lorenzetti hizo especial referencia a varias cuestiones de especial interés para la aplicación del principio de precaución, que reseña:

– Según los informes incorporados a la causa existirían importantes riesgos en relación a la cantidad de agua superficial, específicamente una reducción del agua en el río Minas que tiene el potencial de disminuir los flujos de agua en dirección aguas abajo del Río Andalgalá en un promedio de 5% (hasta alcanzar un máximo de 8% durante la temporada seca). Este hecho podría tener efectos adversos en la agricultura, la economía local y la calidad de la vida humana; asimismo, el hábitat y la vida acuática también podrían verse afectados por los cambios de caudales de agua.

– En ningún precedente, a los fines de fijar su competencia, la Corte ha exigido la presentación de una evaluación científica o estudio que pruebe la efectiva contaminación o degradación del recurso interjurisdiccional (fallos 329:2469<sup>74</sup>). Por el contrario, esa jurisprudencia señala que basta que en la exposición de los hechos en la demanda se observe que el daño afecta directamente un recurso interjurisdiccional.

– En este caso, el principio precautorio obliga a suspender el proyecto hasta tanto se realice un estudio de impacto acumulativo. A tal efecto, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada. Dicho estudio deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acumulativo de la explotación del yacimiento Agua Rica, sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes. Asimismo, deberá proponer una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados.

– “No se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente”.

---

<sup>74</sup> CSJN, “Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Medio Ambiente y Calidad de Vida”, 2008, fallos 329:2469.

## 7. La autorización administrativa y las causales de exoneración de la responsabilidad

En general, la autorización administrativa otorgada a una actividad no exime del pago de los daños y perjuicios que ella causa. Así lo expresó el art. 2618 (“*aunque mediare autorización administrativa para aquéllas*”).

Dicho en otras palabras, la prueba de la autorización es insuficiente para liberar al sindicado como responsable; ésta no es un “*bill*” de indemnidad que libere automáticamente.

Distinta sería la cuestión si el demandado alegara que ha desarrollado su actividad mediante el único sistema que la autoridad administrativa permite.

Con criterio parcialmente distinto, para el daño causado por terremotos, en Chile se ha sostenido que si la empresa construyó conforme a los reglamentos antisísmicos y el daño se produjo porque el terremoto fue superior a las previsiones del reglamento, el constructor se libera<sup>75</sup>.

## 8. Principio de precaución: Rol de las asociaciones, especialmente las de protección del ambiente

La doctrina coincide en que el principio de precaución es aplicable tanto en las acciones individuales como en las colectivas<sup>76</sup>.

Las acciones colectivas están previstas en la Constitución argentina, en la ley del ambiente y en la de los consumidores

El art. 43 de la CN regula el amparo y legitima para interponer esta acción (en lo relativo a los derechos que protegen al *ambiente*, a la *competencia*, al *usuario* y al *consumidor*, así como a los derechos de *incidencia colectiva* en general) a:

(i) el afectado,

(ii) el defensor del pueblo y

<sup>75</sup> Ver Carlos Pizarro Wilson, “Daños de la construcción, caso fortuito y terremotos”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 8 (2011): 519.

<sup>76</sup> Peyrano, “Vías procesales para el principio precautorio”.

(iii) “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”<sup>77</sup>.

El art. 30 de la ley del ambiente 25675 dispone:

“Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción. Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

*Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.*

Por su parte, el art. 52 de la ley 24240 de protección de los consumidores dice:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley”.

La jurisprudencia citada en estas líneas muestra al notable rol de las asociaciones en el derecho argentino. Normalmente, ellas solicitan la prevención del daño.

## **9. Peligros que podrían estar implicados en el principio de precaución**

---

<sup>77</sup> Todos los autores señalan esta base constitucional; ver, entre muchos, Gustavo Maurino et. al. *Las acciones colectivas* (Bs. As.: Lexis Nexis, 2005), 57 y ss.; Francisco Verbic, “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361”, *Revista de Derecho procesal Rubinzal Culzoni* 1 (2009): 145; Lorena Graciela Rotella, “Defensa de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial en Tucumán. Acción de clase”, *La Ley Noroeste* (2009): 921.

En mi opinión, los peligros que podrían estar implicados se vinculan, en casi todos los supuestos, a las reiteradas omisiones del Estado, que no ejerce adecuadamente sus atribuciones de control.

Los alimentos transgénicos pueden ser mencionados como el paradigma<sup>78</sup>; en efecto, es un ejemplo típico de los riesgos que se asumen con la biotecnología<sup>79</sup>, sobre los que tanta incertidumbre existe. En la Argentina, ninguna medida fundada en el principio de precaución se ha tomado para evitar el cultivo masivo y la posible pérdida de la biodiversidad.

## 10. Algunas breves conclusiones

La Argentina, como Colombia, es un país en el que la judicialización de los problemas sociales es frecuente<sup>80</sup>. De allí que no debe asombrar que muchos temas que deberían ser resueltos por la administración tomando las riendas y aplicando el principio de precaución, aparecen cotidianamente en los tribunales. Si la jurisprudencia citada se analiza con detenimiento, se advierte que todas las cuestiones planteadas deberían haber sido evitadas fuera de los tribunales. Los jueces, entonces, ante la inacción de la administración, se han mantenido alertas, para hacer efectivo el principio de precaución recogido en la ley del ambiente, en especial, para tomar medidas que impidan graves riesgos en ese ámbito específico. Puede afirmarse que, hasta el momento, la judicatura argentina se muestra prudente, y que se irá afianzando, a medida que, alertas ante los nuevos problemas, los jueces sean sensibles a la hora de buscar soluciones, especialmente para los grupos más vulnerables.

---

<sup>78</sup> Para el tema de los transgénicos y el principio de precaución ver Pablo Amat Llombart, *Derecho de la biotecnología y los transgénicos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008); Justo Corti Varela, *Organismos genéticamente modificados y riesgos sanitarios y medioambientales* (Madrid: Reus, 2010); Danila di Benedetto, *La disciplina degli organismi geneticamente modificati tra precauzione e responsabilità* (Nápoles: Scientifiche italiane, 2011); Juan López Villar, *Derecho y transgénicos: regulando incertidumbre* (Barcelona: Atelier, 2008); Georges Nakseu Nguéfang, *Principe de précaution et responsabilité internationale dans le mouvement des OGM* (Bruselas: Bruylant, 2012); Héctor Claudio Silveira Gorski, “Los desafíos de la nueva genética”, en *Bioética y derecho*, eds. Víctor Méndez Baiges y Héctor Claudio Silveira Gorski, *Bioética y derecho* (Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2007), 164; Salvador Bergel, “El principio precautorio y los riesgos del cultivo de variedades transgénicas” y Leire Escajedo San Epifanio, “Principio de precaución y riesgos ambientales, especialmente los asociados a OMG”, ambos en *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, ed. Carlos María Romeo Casabona (Granada: Comares 2004), 99 y 149 respectivamente; Santiago Marande, “Análisis conceptual del derecho aplicado. El rechazo del cultivo de transgénicos en el marco del estudio del riesgo de desarrollo y la perspectiva múltiple del nexo causal: la causalidad tóxica”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 7 (2010): 927; Alejandro Andrada y Carlos Hernández, “Soja, principio precautorio y agroquímicos”, *Revista Crítica de Derecho Privado*, no. 8 (2011): 249.

<sup>79</sup> Ramón Herrera de las Heras, *La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología* (Madrid: Reus, 2007).

<sup>80</sup> Ver Rachel Vanneeuville y Stéphane Gandreau, *Le principe de précaution saisi par le droit. Les enjeux sociopolitiques de la juridicisation du principe de précaution* (París: Documentation française, 2006).

## LA RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET

### La necesidad de generar un esquema de incentivos adecuado

*Por Federico S. Carestia*

#### **Resumen**

Se examinará el estado actual del debate en torno a la responsabilidad de los buscadores de Internet. Dada la ausencia de regulación específica, se recurrirá a lineamientos generales de la responsabilidad civil y su aplicación armónica con las garantías constitucionales involucradas, tratando al ordenamiento jurídico de manera integral, evitando recurrir a compartimientos estancos tradicionales. Dentro de este marco, se tratarán las distintas teorías que se han esbozado en el derecho argentino, la jurisprudencia nacional y foránea, con el fin de comprender las opciones que tenía a su disposición la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de decidir en el caso “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. y otros s/daños y perjuicios”. En cuanto a los conflictos posibles de suscitarse en la materia que serán tratados, el artículo se centrará en lo que refiere a la posible afectación a derechos personalísimos, como ser el honor o la intimidad.

## **I. Introducción. El reciente fallo de la CSJN en “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”**

El objeto de este trabajo reside en examinar el estado actual del debate en torno a la responsabilidad de los buscadores de Internet. La falta de una regulación específica en nuestro derecho positivo nos obliga a recurrir a los lineamientos generales de la responsabilidad civil, que deben aplicarse de modo armónico con las garantías constitucionales involucradas.

El análisis de esta cuestión, que ha dado mucho que hablar en los últimos años en la Argentina a raíz de pronunciamientos locales heterogéneos, tiene una importancia radical toda vez que hace algunos meses la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido sobre este asunto delimitando (ante la omisión legislativa) los parámetros aplicables para deslindar posibles responsabilidades de los intermediarios.

En efecto, nuestro máximo tribunal, luego de tomar audiencias públicas el mes de mayo, en lo que constituye un primer precedente sobre la materia, ha fallado en el pleito “Rodríguez, María Belén c/Google Inc. y otros s/daños y perjuicios”<sup>1</sup>, decidido previamente por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil<sup>2</sup>, en el que la actora (una modelo profesional) había demandado a Google y Yahoo por los daños y perjuicios que le habría ocasionado la aparición, a través de los motores de búsqueda, de su nombre e imagen en sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico.

Luego de resaltar el valor social de Internet y sus operadores, reseñaré las distintas teorías que se han esbozado en el derecho argentino sobre la responsabilidad de los buscadores – haciendo una breve mención a la jurisprudencia nacional y foránea– a fin de poner sobre la mesa las opciones que tenía a su disposición la Corte Federal para resolver este enjundioso tema. En el transcurso de esta tarea, y analizando la decisión de nuestro máximo tribunal, ofreceré diversos argumentos –espero convincentes– para explicar la solución que considero que mejor conjuga los intereses de las partes implicadas en estos asuntos como así también de la sociedad en su conjunto.

La múltiple colisión de derechos que se plantea en estos supuestos amerita un análisis integral del ordenamiento jurídico, que omita recurrir a compartimientos estancos de la responsabilidad civil tradicional y/o posturas rígidas que generen incentivos inadecuados para los actores del sistema. Por supuesto que no pretendo agotar en esta instancia todos los conflictos pasibles de suscitarse en esta materia (que pueden incluir cuestiones de lo más

<sup>1</sup> CSJN, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otros s/daños y perjuicios”, 2014.

<sup>2</sup> CNCiv., Sala A, “R., M. B. c. Google Inc. y otros/ daños y perjuicios”, 13/05/2013, *LL*, 2013-C, 639, *JA* 2013-III, 493, *RCyS* 2013-X, 147, *RCyS* 2013-XI, 78.

variadas; por ejemplo, temas de propiedad intelectual, uso no autorizado de la imagen, protección de datos personales, etcétera), sino limitarme a postular ciertos lineamientos generales. Me referiré específicamente a la posible afectación a derechos personalísimos como el honor o la intimidad, que han sido los temas más recurrentes en el derecho argentino y sobre los cuales –entre otras cuestiones– ha fallado la Corte Federal.

## **II. El valor social de Internet y la función de los buscadores**

Antes de proceder a un estudio estrictamente jurídico, me parece importante resaltar el valor que tiene Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna. La naturalización del uso del ciberespacio para comunicarnos y/o acceder a cualquier tipo de información alcanza un grado tal que es difícil recordar cómo era el mundo antes de que estas herramientas llegaran a nuestras vidas. Ni que hablar de las nuevas generaciones a las que les debe resultar totalmente impensado desarrollarse plenamente sin poder utilizar constantemente la *web*.

Internet modificó, para bien o para mal, el paradigma de la expresión humana, creando un espacio descentralizado que ningún operador o Estado domina por completo<sup>3</sup>. Este arquetipo, que trasciende todo tipo de fronteras, es un instrumento vital para favorecer la comunicación, procesar la información y socializar el conocimiento humano. La red permite la difusión de intereses particulares de los usuarios (personales, laborales y/o intelectuales) como así también una multiplicación de las voces que participan del debate público. En este sentido, la Corte ha remarcado que el carácter transformador de la *web*, de naturaleza multidireccional, alcance global a un relativo bajo costo y principios de diseño abierto, posee un potencial inédito tanto en una dimensión individual como colectiva<sup>4</sup>.

El acceso a esta fuente inagotable de contenidos, que se desenvuelve en un marco de absoluta libertad, constituye un eslabón esencial del mundo moderno. Ahora bien, este escenario virtual democrático, interactivo y participativo, en el que todos pueden compartir sus ideas, saberes, opiniones y experiencias, pareciera no ser del todo efectivo sin la existencia de motores de búsqueda. El exceso de información, que crece segundo a segundo vertiginosamente, genera la necesidad de organizar los contenidos. Si bien uno puede conocer *webs* particulares o *blogs* personales a los que accede de modo directo, la gran mayoría de las interacciones en la red se realiza a través de intermediarios.

<sup>3</sup> Eduardo, Molina Quiroga, “Responsabilidad de los buscadores de internet”, *JA* (2012-IV).

<sup>4</sup> Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, 1º de junio de 2011; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, 31 de diciembre de 2013; citadas por la CSJN en su considerando 11 del fallo “Rodríguez”.

En efecto, los buscadores permiten a los usuarios localizar, de modo más o menos efectivo, la información relevante dentro de un caudal prácticamente incontrolable. El procedimiento es sumamente sencillo: se ingresa una o varias palabras clave y el intermediario, a través de un sistema informático que rastrea información en la *web*, facilita el acceso a los sitios de terceros que contengan el término sugerido o difundan imágenes relacionadas con aquél<sup>5</sup>. Los resultados ofrecidos en forma de hipervínculos o *links*, son seleccionados y ordenados en forma automática por un algoritmo que opera de acuerdo a criterios y estrategias clasificatorias definidas por los seres humanos que lo diseñaron.

Una vez que aparecen las coincidencias aproximadas a la intención del solicitante, se muestran pequeños fragmentos o extractos que contienen una breve descripción orientativa con el término de búsqueda requerido. Si el usuario desea obtener más información, puede ingresar en el localizador uniforme de recursos (URL) que más le plazca. En definitiva, los buscadores, en principio, no proveen el contenido de los sitios que muestran en sus resultados (que pertenecen a terceros) ni tampoco lo modifican<sup>6</sup>, por lo que operan como meros intermediarios.

El valor que tiene para la comunidad este tipo de motores de búsqueda es inconmensurable. Más allá del indiscutible ánimo de lucro que posean estas empresas (que ha llevado, por ejemplo, a la creación de enlaces patrocinados), lo cierto es que constituyen un vehículo de difusión masiva de contenidos. Se erigen en nexos necesarios entre proveedores de información y consumidores, rol que se intercambia constantemente en la actualidad. La posibilidad de acceder a información sin barreras (con el consiguiente desarrollo personal, social, cultural, científico, económico y político), de comunicarse de modo irrestricto y de propagar ideas que coadyuven a la formación del discurso público resultan cuestiones trascendentales a tener en cuenta a la hora de resolver la posible atribución de responsabilidad de los buscadores.

### **III. La múltiple colisión de derechos**

La colisión de derechos resultante de la actividad de los buscadores de Internet puede ser de distinta índole ya que el universo de contenidos de las páginas *web* de terceros a las que nos remiten es sumamente diverso. Tal como señalé en la introducción, me referiré únicamente a algunas aristas relacionadas con la afectación a derechos personales como el

<sup>5</sup> Santiago L. Gini, "Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión", *La Ley, Sup. Act.*, 23/10/2008, 1.

<sup>6</sup> Lisandro Frene, "Responsabilidad de los "buscadores" de Internet", *La Ley F* (2009): 1219 (2009-F-1219).

honor o la intimidad. Esto significa que no me abocaré, por ejemplo, a la problemática derivada del uso no autorizado de una imagen conforme lo dispone el artículo 31 de la ley 11.723<sup>7</sup>.

En el marco que pretendo examinar, entonces, se presenta una tensión entre los derechos de los proveedores de contenidos en Internet, los motores de búsqueda que facilitan su acceso, la población que desea consumirlos, y las personas que se consideran perturbadas con su difusión. Las primeras tres categorías –que, según el caso, importan una dimensión individual o social– pueden considerarse englobadas en la protección al derecho a la libertad de expresión o acceso a la información, mientras que la última, en lo que aquí interesa, a la afectación al derecho al honor y/o la intimidad.

La ley N° 26.032<sup>8</sup> dispone que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se encuentra comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. A su vez, el Decreto 1279<sup>9</sup> de 1997 establece que el servicio de Internet se halla alcanzado por la referida tutela, correspondiéndole las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social. En el mismo sentido se han expedido, también, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>10</sup>.

Por otra parte, el derecho a la libertad de expresión surge de los arts. 1, 14, 19, 32 y 33 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (incorporados a la Carta Magna en 1994 por el art. 75, inciso 22) tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), la Declaración Universal de los Derechos Humanos

---

<sup>7</sup> Más allá del análisis que pudiera realizarse de la procedencia del reclamo en virtud de la referida normativa, también surgen otros interrogantes: si los buscadores asumen un rol activo en el caso de las imágenes en miniatura denominadas *thumbnails*, si en esos supuestos resulta aplicable la doctrina del “*fair use*” del art. 10 de la Convención de Berna, entre tantos otros. La Corte Federal resolvió por mayoría (con disidencia de los Dres. Lorenzetti y Maqueda) eximir de responsabilidad a los buscadores en este asunto.

<sup>8</sup> Ley 26.032. Ley de Servicio de Internet. B.O. 16/06/2005. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/107145/norma.htm> (consultado por última vez el 22/10/2014).

<sup>9</sup> Decreto 1279. Decreto que esta declara comprendido en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión al servicio de Internet. B.O. 01/12/1997. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/47583/norma.htm> (consultado por última vez el 22/10/2014).

<sup>10</sup> Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet”, 1º de junio de 2011; Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”, 29 de junio de 2012; Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de Expresión e Internet”, 31 de diciembre de 2013; todas citadas por la CSJN en su considerando 10 del fallo “Rodríguez”.

(art. 19), entre otros.

En definitiva, la información transmitida por terceros, difundida masivamente por los intermediarios y recibida por la población<sup>11</sup>, es una expresión merecedora de tutela constitucional. Claro está, que tal garantía –primordial en todas las sociedades democráticas<sup>12</sup>– no es absoluta y encuentra restricciones cuando se atenta contra derechos fundamentales como el honor o la intimidad. O sea, que el lugar eminente que ocupa no lo es en detrimento de la necesaria armonía que debe preservarse con los restantes derechos constitucionales.

El artículo 11 la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su propia dignidad, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación, teniendo derecho a la protección de la ley contra esas injerencias, o esos ataques". En la misma línea de razonamiento, también pueden invocarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (sección V), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1 y 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10), el Código Civil Argentino (artículo 1071 bis) y la Constitución Nacional (artículos 19 y 33); entre otros instrumentos.

A través de Internet pueden publicarse contenidos que resulten injuriantes, calumniosos y/o que ventilen o reproduzcan información íntima de una persona. En la medida que se acredite una afectación al honor o la intimidad, susceptible de una acción de daños y perjuicios, no cabe duda de que –previo análisis de un juez competente– quienes subieron esa información a la red serán responsables de los perjuicios ocasionados.

El interrogante a develar es si se puede extender y, en su caso en qué medida, la responsabilidad a quienes operan como intermediarios. El acceso universal de contenidos que facilitan los buscadores tiene su contrapartida en la posible masificación de información que afecte derechos personalísimos. Para decirlo en otras palabras, por la misma vía que se

---

<sup>11</sup> La libertad de expresión atañe tanto al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento como al derecho social a la información de los ciudadanos que viven en un Estado democrático (CSJN, "Ponzetti de Balbin, Indalia c/Editorial Atlántida S.A. s/daños y perjuicios", 1984, *fallos* 306:1892; CSJN, "Costa, Héctor Rubén c/M. C. B. A. y otros", 1987, *fallos* 310:508; CSJN, "Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI s/amparo ley 16.986", 2012, *fallos* 335:2393).

<sup>12</sup> CSJN, "Abal, Edelmiro y otros c. Diario La Prensa", 1960, *fallos* 248:291; CSJN, "Servini de Cubría, María Romilda s/amparo", 1992, *fallos* 315:1943; CSJN, "Locche, Nicolino c. Míguez, Daniel A. y otros", 1998, *fallos* 321:2250; CSJN "Brugo, Jorge Ángel c. Lanata Jorge y otros", 2009, *fallos* 332:2559.

canaliza de modo revolucionario la libertad de expresión, se pueden repotenciar sustancialmente daños a terceros. En este marco, pues, corresponde analizar las consecuencias que importaría adoptar uno u otro régimen de atribución de responsabilidad.

## **IV. La atribución de responsabilidad**

### ***IV.1. Breve recorrido por el derecho extranjero***

Dada la ausencia de una regulación específica en el derecho argentino respecto de los parámetros para determinar la responsabilidad por daños y perjuicios de los buscadores de Internet, resulta pertinente hacer una breve reseña de lo que ocurre en algunos de los países que cuentan con una legislación en la materia. Tal como se verá, la tendencia en el derecho foráneo conduce a establecer un factor de atribución subjetivo que se configura cuando los intermediarios, pese a tener un conocimiento efectivo de la nocividad de un contenido, deciden no bloquearlo de su lista de resultados.

En los Estados Unidos, tanto la “Communications Decency Act” (1996)<sup>13</sup> como la “Digital Millenium Copyright” (1998)<sup>14</sup> resultan aplicables a los proveedores de servicios de Internet (o ISP, *Internet Service Provider*). La primera de las normativas establece como regla general en su Sección 230 que, cuando la información fue publicada por terceros, los intermediarios no serán responsables ya que no pueden ser considerados autores y/o editores<sup>15</sup>. Esta irresponsabilidad se ha visto reflejada en diversos precedentes de la justicia norteamericana<sup>16</sup>. La segunda ley, que regula específicamente las violaciones a la propiedad intelectual, dispone que los buscadores no serán responsables si no intervinieron en la creación de datos y/o no tuvieron conocimiento de que su difusión infringía la propiedad intelectual. A su vez, implementa un procedimiento denominado “*notice and takedown*”, que consiste en la

---

<sup>13</sup> US Congress, Communications Decency Act (1996). Disponible en: <http://transition.fcc.gov/Reports/tcom1996.txt> (consultado por última vez el 22/10/2014).

<sup>14</sup> Us Congress. Digital Millenium Copyright (1998). Disponible en: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf> (consultado por última vez el 22/10/2014).

<sup>15</sup> Stephan Ott, “Responsabilidad de los buscadores en Alemania y Estados Unidos”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 341/342.

<sup>16</sup> Véase Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Cuarto Distrito, “Zeran vs. AOL”, 129 F. 3d 327 (1997); Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Texas, “Doe vs. Bates and Yahoo! Inc.”, 35 Media L. Rep 1435 (2006); Corte Suprema del Estado de California, “Barret v. Rosenthal”, 40 Cal. 4th 33 (2007); Facundo Sarrabayrouse, “Responsabilidad de los proveedores y usuarios de servicios de Internet. El estado de la cuestión en el derecho norteamericano”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 245-302.

posibilidad de que los afectados denuncien extrajudicialmente la violación a fin de que el intermediario remueva el acceso al sitio, notificando a su autor<sup>17</sup>.

En el ámbito de la Unión Europea, la directiva 2000/31/CE<sup>18</sup> sobre Comercio Electrónico establece que los prestadores de servicios intermediarios no serán responsables si no originaron la transmisión de los contenidos y carecen de conocimiento efectivo sobre la ilicitud de la información. A la luz de tal directiva, varios países del continente han legislado internamente la necesidad de que el buscador, para ser considerado responsable, debe haber adoptado un rol activo –que escapa a la idea de mero intermediario–, y/o haber tenido un conocimiento efectivo de que la información a la que remite lesiona derechos de terceros susceptibles de indemnización. Al respecto, España especifica que el conocimiento efectivo se configura cuando un órgano competente haya declarado previamente la ilicitud de los contenidos, ordenado el respectivo bloqueo a su acceso<sup>19</sup>.

En Latinoamérica, siguiendo los pasos de algunos países europeos, tanto Chile en el 2010 (ley 20.435)<sup>20</sup> como Brasil el año 2014 (Marco Civil da Internet, ley 12.965)<sup>21</sup> disponen en su normativa interna que los intermediarios no serán responsables si no poseen conocimiento efectivo del carácter ilícito de los contenidos obrantes en su lista de resultados y que aquél se entenderá cumplido cuando medie una orden de tribunal competente que disponga la eliminación.

#### ***IV.2. Distintas teorías en el derecho argentino***

En la República Argentina, ante la omisión legislativa, la doctrina y jurisprudencia han esbozado opiniones diametralmente opuestas. En efecto, por un lado están quienes pregonan un factor de atribución de responsabilidad objetivo cimentado en la teoría del riesgo y, por el otro, quienes postulan un factor de atribución subjetivo basado en el conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido al que se accede a través del motor de búsqueda. Esta última postura se subdivide entre quienes consideran que para que se configure tal

---

<sup>17</sup> Marcos Zunino, “La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet y la libertad de expresión”, *La Ley F* (2012): 821 (2012-F-821).

<sup>18</sup> Parlamento Europeo. Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico (2000). Disponible en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=181679](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=181679) (consultado por última vez el 22/10/2014).

<sup>19</sup> Ley n° 34/2002 de España, ley 719/2000 de Francia, ley 152/2001 de Austria, ley 227/2002 de Dinamarca, entre otras.

<sup>20</sup> Congreso Nacional de Chile. Ley N° 20.432 que modifica la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual (2010). Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1012827&r=3> (consultado por última vez el 22/10/2014).

<sup>21</sup> Congreso Nacional de Brasil. Marco Civil da Internet (2011). Disponible en: <https://docs.google.com/file/d/0BzcBZYaOx4TaQ09hRUlaakxMTFk/edit> (consultado por última vez el 22/10/2014).

conocimiento basta con una notificación del damnificado y los que sostienen que es necesaria una orden judicial de bloqueo. Veamos entonces los fundamentos de cada postura y los posibles inconvenientes de su aplicación.

#### ***IV.2.a. El factor de atribución objetivo y las problemáticas derivadas de su aplicación***

El primer grupo, enrolado en un factor de atribución objetivo<sup>22</sup>, estima que la actividad de los buscadores es “riesgosa” en los términos del art. 1113, 2do. párrafo del Código Civil<sup>23</sup>. En resumidas cuentas, aduce que los buscadores son titulares de sus propias páginas *web*, que han ideado y diseñado los motores de búsqueda (obteniendo un lucro por tal emprendimiento), que facilitan el acceso a los sitios con información perjudicial, y que están en mejores condiciones técnicas de prevenir la generación de daños. Por lo tanto, en su carácter de intermediarios, deben ser responsables por las consecuencias derivadas de los contenidos perniciosos que introducen, reproducen y difunden.

Al respecto, Borda opina que los buscadores desarrollan una actividad con autonomía dañosa que consiste en una estructura organizada que intensifica la producción de perjuicios<sup>24</sup>. Para decirlo en otras palabras, si bien el menoscabo es causado de modo directo por el proveedor del contenido, el intermediario facilita su divulgación y potencia sus efectos nocivos. En la misma línea de razonamiento se expidió el *amicus curiae* Horacio Roberto Granero, presidente de la Comisión de Alta tecnología del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, en la audiencia pública celebrada con motivo del reciente fallo de la Corte. En esa oportunidad, manifestó que la aplicación de un factor objetivo a quienes facilitan y repotencian la difusión de elementos nocivos no cercenaba la libertad de expresión. Agregó que el avance de la tecnología –creada por el hombre– debía ir de la mano con la posibilidad

---

<sup>22</sup> Véase José M. Lezcano, “Análisis de la Responsabilidad Civil de los Buscadores de Internet”, UNLP 2009-2010, 518; Guillermo J. Borda, y Carlos Pereira (h.), “La responsabilidad de los buscadores en internet”, *Jurisprudencia Argentina* 2010-II; Claudio F. Leiva, “Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)”, VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Nora A. Cheriñavsky, “Responsabilidad civil de los buscadores de contenido en Internet”, *elDial.com* DC13E5; Luciano J. Martini, “La Responsabilidad Civil en Internet. Un nuevo contexto económico, interactivo y comunicacional que desafía los clásicos contenidos del deber de resarcir”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2011-VIII, 17; CNCiv, Sala J, “K., A. P. c. Yahoo de Argentina S.R.L.”, 31/8/2012, *LL*, 2012-E, 662; Cámara Civil y Comercial de Jujuy, Sala I, “S.M. y L.E.M. c/Jujuy Digital y/o JUJUY.COM y del Sr. Omar Lozano”, 2004, *elDial* - AA22B3; entre otros.

<sup>23</sup> La postura mayoritaria en doctrina, a la cual me adhiero, incluyen dentro de esta normativa tanto a las “cosas” como a las “actividades” riesgosas.

<sup>24</sup> Guillermo J. Borda, “La responsabilidad de los buscadores en Internet por la vinculación de personas a través de páginas con contenido sexual”, *DFyP*, 24/1/2011, 237.

de controlar y prevenir los daños que provoca.

No coincidiré con esta doctrina. Por supuesto que no desconozco que los buscadores perfeccionaron una estructura que gobierna la accesibilidad masiva de grandes volúmenes de información que de otro modo no podría haber sido conocida por los usuarios. Tampoco se me escapa que muchas veces el anonimato de los verdaderos responsables, su ubicación geográfica e, inclusive, su posible insolvencia pueden dejar sin reparación a los afectados (aunque esto no significa, claro está, que a través de una orden judicial de bloqueo de los resultados se pueda evitar que se siga propagando el daño). Sin embargo, estos argumentos no alcanzan para atribuirles sin más una responsabilidad casi ilimitada por cualquier perjuicio, que genere incentivos perversos para los operadores del sistema. Estimo que hay razones suficientes como para apartarse de esta tesis. Una barrera inicial es que, más allá de la potenciación de daños que pueda generar la difusión, los buscadores –en principio– no crean ni modifican la información que publican los sitios *web* que indexan a través de sus programas de rastreo, por lo que no pueden ser considerados autores ni editores. Los responsables directos del ilícito son quienes subieron a la red los contenidos dañinos<sup>25</sup>.

Sobre este punto, nuestro máximo tribunal, citando un famoso caso británico (que había sido invocado en la audiencia pública por el *amicus curiae* Juan Vicente Sola, del Centro de Estudios en Derecho y Economía de la Facultad de Derechos de la Universidad de Buenos Aires), remarcó que responsabilizar a los buscadores en este contexto equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido y facilitado la localización de un libro de contenido dañino. A su vez, prosiguiendo con su argumento, la Corte Federal añadió que “si a la vera del camino se desarrolla una actividad ilícita...no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél”<sup>26</sup>.

El hecho de que la actividad de los intermediarios se erija como una condición necesaria para que se configure o intensifique el perjuicio no significa que exista una relación causal jurídicamente relevante. Una prueba cabal de ello es que, aún cuando se encuentre responsable al buscador y se ordene el bloqueo de la lista de resultados, el contenido agravante subsistirá alojado en la red, con la potencialidad de reproducirse por otros medios (tales como correo electrónico, *blogs*, foros, *chats*, etcétera; a los que los usuarios accedan de modo directo).

<sup>25</sup> Horacio Fernández Delpech, "Internet. Su problemática jurídica", *LexisNexis*, 2004, 209.

<sup>26</sup> Considerando 16 del fallo “Rodríguez”, que cita a “Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.”, Court of Appeal –Queen’s Bench Division, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL16-07-2009.

Por lo tanto, no obstante poder echar mano a una orden de eliminación, habría que utilizar las herramientas tecnológicas disponibles para encontrar y responsabilizar a quienes proveen la información perjudicial. Este tipo de acciones por los afectados, y su consiguiente condena judicial, generaría conciencia social en cuanto a la medida que deben adoptar quienes usan Internet y las redes sociales, a fin de evitar que este espacio tan útil de libre expresión humana no se convierta en un foco de inimputabilidad.

Por otra parte, me parece crucial imaginar por un momento desde una perspectiva de prevención, las consecuencias que podría traer aparejada la adopción de un factor de atribución objetivo. Para comenzar, se estaría incentivando a las empresas a que, para impedir responsabilidades ulteriores, realicen un control de calidad de cada uno de los contenidos que figuran en los sitios *web* que indexan; tarea que resultaría imposible de llevar adelante por diversos motivos. El primero, de índole práctico, organizativo y económico, es que la información que se sube a la red por segundo es absolutamente inabarcable. No se puede relevar, fiscalizar, controlar, monitorear o filtrar los millones de sitios que circulan en Internet. Requerir estas precauciones sería irrazonable y tendría un costo prohibitivo<sup>27</sup>.

A su vez, la inevitable responsabilidad ulterior ante la imposibilidad de prevención podría generar incentivos inadecuados para los usuarios. En efecto, podría haber una proliferación de demandas intentando sacar provecho de esta regulación, invocando cualquier información nociva que surja de un sitio de un tercero o, inclusive, comentarios injuriantes o calumniosos en redes sociales a las que se accede por el motor de búsqueda. Hasta podríamos llegar al absurdo de consumidores que creen páginas *web* anónimas de auto-difamación para que, una vez indexadas, el buscador deba responder<sup>28</sup>.

Sobre este argumento en particular, la Corte Federal se limitó a señalar que las legislaciones de derecho comparado (entre las que destacó las de la Comunidad Europea, España, Chile, Brasil y Estados Unidos) no contienen una obligación general de vigilar y/o supervisar los datos subidos a la red; de lo que se sigue necesariamente la inexistencia de responsabilidad en este sentido. A su vez, indicó que diversas relatorías para la libertad de expresión de organizaciones internacionales se pronunciaron por la inconveniencia de exigir

---

<sup>27</sup> Agustín Waisman y Martín Hevia, “¿Qué deberes de cuidado tienen los motores de búsqueda?”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, coor. Pablo Palazzi (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012), 50.

<sup>28</sup> Fernand Tomeo, “Criterios de responsabilidad para los buscadores de Internet”, *La Ley E* (2012): 66 (2012-E-66).

a los intermediarios el control del contenido generado por los usuarios<sup>29</sup>.

El segundo motivo es de carácter jurídico. Es que, suponiendo que la tarea de control descripta fuera asequible *ex ante*, se estaría exigiendo a los intermediarios que hagan un juicio de valor de los contenidos de todos sitios que indexan, desechando aquellos que consideren agraviantes y/o ilícitos. Los buscadores se erigirían, de este modo, en una suerte de autoridad competente que reemplaza al órgano jurisdiccional con facultades para discernir sobre la nocividad de la información<sup>30</sup>. A través de este control subjetivo, se fomentaría una censura previa encubierta, prohibida por nuestra Constitución Nacional<sup>31</sup>, susceptible de afectar el derecho a la libertad de expresión de quienes proveen los contenidos y el derecho al acceso a la información de la comunidad. En este marco, se podrían conculcar, entonces, más derechos de los que se pretende tutelar.

Asimismo, más allá de que esta actividad resulta insensata desde un punto de vista teórico y abstracto, en la práctica, tal como surge del pronunciamiento de la Sala A de la Cámara Civil, no se puede saber de antemano si un contenido es siquiera efectivamente dañoso para un potencial reclamante. En verdad, lo que para ciertas personas, o incluso la mayoría de la población, resulta intolerable (como la vinculación de sus datos con páginas de contenido erótico, o la difusión de fotos íntimas) puede para otras ser aceptable y hasta deseable y consentido (para quien trabaje como modelo en revistas de esa clase o quien defienda al nudismo como estilo de vida y asuma una actitud militante al respecto). El margen de error es tan extenso que podría confundirse una foto familiar con pornografía infantil, un sitio de prevención contra el sida con obscenidad, etcétera<sup>32</sup>.

En definitiva, la aplicación de un factor objetivo de atribución generaría incentivos perniciosos para los intermediarios, a quienes se les estaría exigiendo una conducta de prevención imposible de llevar adelante tanto desde una perspectiva práctica como jurídica con una peligrosa probabilidad de censura. En este escenario complejo, a los buscadores no les quedaría otra alternativa que internalizar los costos millonarios de las posibles indemnizaciones que deban afrontar a futuro por contenidos perjudiciales proveídos por

---

<sup>29</sup> Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet; Organización de las Naciones Unidas, Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Organización de los Estados Americanos y Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: 1º de junio de 2011 (Considerando 16 del fallo “Rodríguez”).

<sup>30</sup> Eduardo Molina Quiroga, “Novedosa sentencia sobre responsabilidad de los buscadores de internet y derecho a la imagen”, *Jurisprudencia Argentina* (2013-III).

<sup>31</sup> Facundo M. Bilvao Aranda, “Apuntes sobre la responsabilidad civil de los buscadores de contenidos en Internet”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (2013-I), 25.

<sup>32</sup> Seth F. Kreimer, “Censorship by Proxy: the first amendment, Internet intermediaries, and the problem of the weakest link”, *University of Pennsylvania Law Review* 155, 11 (2010): 6.

terceros. Esto podría generar efectos nefastos, tales como el traslado de esos importes al usuario o bien la limitación o desaparición de una herramienta sumamente útil para el conjunto social.

#### ***IV.2.b. El factor de atribución subjetivo y sus variantes. El obiter dictum del fallo de la Corte***

Los argumentos esgrimidos y los múltiples intereses en juego conllevan a armonizar los lineamientos generales de la responsabilidad civil con las garantías constitucionales involucradas. Tal como explica Picasso, el derecho privado de nuestro tiempo se ha constitucionalizado. Este cambio de paradigma que exige pensar los conflictos de acuerdo a los principios constitucionales implicados, ha llevado a la Corte Federal, ponderando el derecho a la libertad de expresión y otros derechos personalísimos, a crear diversos *standards* sobre la responsabilidad civil de la prensa; entre ellos, la doctrina “Campillay”, la referida a la “real malicia”, y uno particular para las opiniones<sup>33</sup> (no necesariamente aplicables a los intermediarios<sup>34</sup>).

En el caso “Rodríguez”, la Corte Suprema precisó que la interpretación de las normas de derecho común debe ser la que mejor armonice con los derechos fundamentales involucrados<sup>35</sup>. Tal como anticipé en el punto III, en el supuesto bajo estudio también encontramos una tensión entre el derecho a la libertad de expresión y derechos personalísimos como el honor o la intimidad. La aplicación de un factor de atribución objetivo, además de

---

<sup>33</sup> Véase CSJN, “Campillay, Julio C. c/La Razón, Crónica y Diario Popular”, 1986, *fallos* 308:709; CSJN, “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ arts. 109 y 110 del C.P”, 1996, *fallos* 319:2965; CSJN, “Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros”, 1996, *fallos* 319:3428; CSJN, “Marder, José c/ Markevich, Roberto y otro s/ beneficio de litigar sin gastos”, 1997, *fallos* 320:1227; CSJN, “Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos: “Gorvein, Diego Rodolfo s/ querrela p/ calumnias e injurias c/ Amarilla, Juan H.””, 1998, *fallos* 321:2558; CSJN, “Barreiro, Hipólito Carmelo c/ Fernández, Mario Alberto y otro”, 2003, *fallos* 326:4123; CSJN, “Guerineau, Horacio Laurindo c/ La Gaceta S.A. s/ daños y perjuicios”, 2004, *fallos* 327:943; CSJN, “Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros”, 2008, *fallos* 331:1530; entre otros.

<sup>34</sup> Mientras algunos autores sostienen que se deben aplicar las doctrinas “Campillay” y de la “real malicia” a los buscadores, otros consideran que no corresponde extender el régimen específico de tal jurisprudencia sino simplemente inspirarse en ella para descartar el factor de atribución objetivo (véase, por ejemplo, Rivera, Julio César (h) y Torres Espinosa, Andrea, “La doctrina Campillay y la responsabilidad civil de los intermediarios en Internet por el alojamiento de expresiones injuriantes de terceros”, en *La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2012) 3/28 y, en contra, Picasso, Sebastián, en CNCiv, Sala A, “R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios”, del 13/05/2013, LL, 2013-C, 639, JA 2013-III, 493, RCyS 2013-X, 147, RCyS 2013-XI, 78).

<sup>35</sup> Considerando 14. Véase también: CSJN, “Provincia de Buenos Aires c/ C. de Lacour, Elvira”, 1944, *fallos* 200:180; “Groppo, Rodolfo Pedro, y otra c/ Moyano, Martha Amalia”, 1963, *fallos* 255:192; “Romero Oural, Jorge Manuel”, 1973, *fallos* 285:60; “González, Juan Carlos c/ Nación”, 1974, *fallos* 299:93; “Transportes M. Romano y Cía. S.A.C.I.F.I. c/ Nación Argentina”, 1980, *fallos* 302:1600; “Ríos, Argentino y otros s/ privación ilegal de la libertad calificada y tormentos”, 1989, *fallos* 312:111; “Bagolini, Susana c/ ITH. Instituto Tecnológico de Hormigón SA.”, 1991, *fallos* 314:1445; “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia”, 2006, *fallos* 329:5266.

generar incentivos inadecuados, implicaría prescindir por completo de la dimensión constitucional que adquiere esta cuestión y desconocer los razonamientos de nuestro más alto tribunal en problemáticas similares.

En virtud de lo precisado, coincido con la mayoría de la doctrina argentina, la marcada tendencia de derecho y jurisprudencia extranjera, y la Corte Federal, en que resulta acertado establecer un factor de atribución subjetivo a los buscadores de Internet, conforme los artículos 512, 902 –en tanto expertos en materia informática– y 1109 del Código Civil. Al respecto, cabe destacar que la decisión adoptada por la CSJN en este sentido era esperable luego de ver la interacción de los Ministros con los abogados de las partes en la audiencia pública celebrada con fecha 29 de mayo pasado.

En efecto, basta con remitirse a varias de las preguntas y/o aseveraciones de los magistrados. Entre otras, el lamentablemente hoy fallecido Dr. Petracchi consultó a la pretensora: “¿en qué países ha encontrado una regulación de responsabilidad objetiva en estos casos?”; la Dra. Highton preguntó: “¿el buscador tendría que analizar previamente todos los contenidos?”, “¿habría que censurar todo sitio sexual y pornográfico?”; y el Dr. Lorenzetti interrogó “¿cómo sabe *a priori* un buscador con miles de páginas que está provocando un daño?”, ¿por qué sería riesgoso todo el software?”. A su vez, el presidente del tribunal remarcó en reiteradas ocasiones que todas las leyes del derecho comparado se refieren a un factor de atribución subjetivo, no habiendo antecedentes que postulen uno objetivo, por lo que finalmente indagó “¿por qué sería distinto acá?”. A su vez, en la misma línea de razonamiento se habían expedido los *amicus curiae* Andrés Gil Domínguez junto al especialista en telecomunicaciones Raúl Martínez Fazzalari, y Eduardo Molina Quiroga, director de la especialización en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

En resumidas cuentas, los buscadores serán responsables cuando, pese a conocer la existencia de contenidos nocivos en su lista de resultados, omitan bloquearlos. Por supuesto que la decisión será diferente si los buscadores asumieron un rol activo, subiendo en su página *web* algún contenido propio y/o modificando o editando los de terceros, ya que en esos supuestos su calidad de intermediario se desvanece.

En lo que respecta al conocimiento efectivo de la ilicitud de contenido, existe una ardua disputa en cuanto a si basta con una notificación del afectado para que se configure o si es necesaria una orden judicial. La primera vertiente<sup>36</sup> considera que el bloqueo con prontitud,

---

<sup>36</sup> Entre otros, Federico Vibes, "Los "intermediarios" de internet y el deber de reparación en infracciones al

ante la comunicación extrajudicial del usuario que indica la existencia de información perjudicial, es la conducta esperable de un empresario diligente con capacidad técnica para evitar que se propague el ilícito, en tanto debe obrar de modo leal, de buena fe y como un buen hombre de negocios.

Esta postura, según se arguye, es más práctica ya que evita costos innecesarios tanto a las partes como al aparato jurisdiccional, y garantiza una protección inmediata de los derechos personalísimos de los damnificados<sup>37</sup>. En esta línea de razonamiento, la Sala J de la Cámara Civil explicó que la implementación de este procedimiento alternativo resulta acorde con el concepto actual de "acceso a la justicia", que intenta prescindir de la judicialización del conflicto para procurar resolverlo con sencillez, celeridad y a menor costo<sup>38</sup>. Por su parte, la Sala H del mismo tribunal ha indicado que el incumplimiento de una orden judicial pareciera ser una exigencia engañosa ya que resulta obvio que quien no la acata asume una responsabilidad, no siendo necesario que una ley especial lo establezca<sup>39</sup>.

De otro lado, la segunda vertiente<sup>40</sup> postula que el conocimiento efectivo del contenido dañoso se configura cuando se notifica a los buscadores una orden judicial que dispone eliminar su acceso. Desde ya adelanto que, por motivos similares a los oportunamente brindados para descartar la instauración de un factor de atribución objetivo, me enrolaré –en principio– en esta teoría.

Vale la pena reiterar que es el Poder Judicial y no el buscador de Internet quien debe dirimir si una expresión, idea, información y/o imagen es injuriente, difamatoria o ilícita. En efecto, no corresponde convertir al intermediario en una autoridad facultada para hacer un

---

derecho de autor", *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2012-III, 22; Tomeo, "Criterios de responsabilidad para los buscadores de Internet"; Alejandro Sydiaha, "La responsabilidad civil de los buscadores de internet", *D.J.* 29/12/2010; Gonzalo Peñalba Pinto, "Responsabilidad por injurias vertidas en internet", *La Ley NOA* 2004, 11; Jorge Galdós, "Responsabilidad civil de los proveedores de servicios de Internet", *La Ley D* (2001):953 (2001-D-953); Fernández Delpech, "Internet. Su problemática jurídica"; CNCiv, Sala I, "L., B. c. Google inc", del 02/07/2013, LL, 2014-A, 120; íd., Sala A, "R., M. B. c. Google Inc. y otro s/ daños y perjuicios", del 13/05/2013, LL, 2013-C, 639, JA 2013-III, 493, RCyS 2013-X, 147, RCyS 2013-XI, 78; íd., Sala H, "B., E. C. c. Google Inc. y otros s/Ds. y ps.", del 5/12/2012, RCyS 2013-V, 155, JA 2013-II, 350; íd., Sala D, "D. C., V. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ds. y ps.", del 10/08/2010, LL 2010-E, 107, LL 2010-E, 413, RCyS 2011-II, 82, ED 240-219.

<sup>37</sup> Fernando Tomeo, "Una nueva victoria para buscadores de Internet", *LL*, Sup. Act. 2011, 1.

<sup>38</sup> Ello es así, aún cuando el pronunciamiento haya postulado un factor objetivo de atribución.

<sup>39</sup> CNCiv, sala H, "B., E. C. c. Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios", del 05/12/2012, RCyS 2013-V, 155, JA 2013-II, 350.

<sup>40</sup> Véase Frene, "Responsabilidad de los "buscadores" de Internet"; Hugo A. Vaninetti y Gustavo J. Vaninetti, "Responsabilidad de los buscadores y libertad de expresión", *La Ley A* (2014): 120 (2014-A-120), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2014-IV, 37; "Buscadores en Internet: responsabilidad civil", *El Derecho* 240-253; "La responsabilidad civil de los buscadores en Internet. Afectación de los derechos personalísimos. Supuestos para analizar", *El Derecho* 238-808; Gini, "Internet, buscadores de sitios web y libertad de expresión"; Santiago Eraso Lomaquíz, "Responsabilidad de los buscadores de internet", *elDial.com* - DC1811.

juicio de valor sobre la calidad de cada contenido; son los jueces quienes tienen la competencia y las herramientas técnicas para realizar dicha tarea.

La Corte Federal se expidió sobre esta cuestión a modo de *obiter dictum*. Destacó que convenía distinguir entre los casos en que el daño es manifiesto y grosero, en cuyo caso bastaba con una comunicación fehaciente del damnificado, y los supuestos en los que el perjuicio es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento, que corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente. Esta postura va en sintonía con el pensamiento de autores como Tomeo que estiman que el contenido debe ser eliminado de los resultados cuando resulte ostensible y manifiestamente ilegal<sup>41</sup>.

En este grupo, nuestro máximo tribunal englobó a la pornografía infantil, la provisión de datos que faciliten o instruyan la comisión de delitos, “que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual”<sup>42</sup>.

Toda vez que estimo que no debe quedar librada a opinión de los buscadores la consideración de qué resulta manifiesta u ostensiblemente ilegal, la propuesta resultará atractiva sólo en la medida en que se concluya que la lista de supuestos brindada por la Corte para que opere la excepción resulta taxativa (más allá de que habría que precisar el alcance de algunos de ellos). Por supuesto que también podría haber una futura legislación que delimite con estrictez los casos de excepción. Es que no puede soslayarse que la mayoría de las cuestiones probablemente ofrezcan interpretaciones diversas, siendo el órgano jurisdiccional quien deba tener la potestad de determinar la verosimilitud o efectividad del derecho.

Al respecto, a fin de profundizar en esta idea, me parece crucial pensar por un instante en las consecuencias negativas que podría conllevar la adopción de un régimen de responsabilidad basado en una regla abierta de comunicaciones extrajudiciales. En primer lugar, habría un sin fin de notificaciones a los intermediarios por pretendidos contenidos ilícitos. No es ilógico imaginar que llegarán menos casos infundados a tribunales que comunicaciones extrajudiciales injustificadas. Pero aún superado el escollo de la catarata de

<sup>41</sup> Fernando Tomeo, “Responsabilidad civil de buscadores de Internet”, *La Ley* E (2010): 108, (2010-E-108).

<sup>42</sup> Considerando 17 del caso “Rodríguez”.

avisos, surgirán preguntas difíciles de develar: si los contenidos son injuriantes o calumniosos, si las ideas o informaciones expresadas son veraces o falaces, si constituyen meras opiniones, si afectan a la intimidad –lo cual variará dependiendo de la persona involucrada–, si se configura un supuesto de manifiesta ilegalidad por la flexibilidad en la interpretación de algunas excepciones; entre tantas otras.

En este escenario de incertidumbre, ante el temor de un proceso judicial que lo responsabilice por facilitar el acceso a un contenido agravante, el intermediario estará incentivado a eliminar sin más cuanto resultado de búsqueda el solicitante requiera. De este modo evitaría, además de una posible indemnización, los costos derivados de examinar y valorar cada pedido. En otras palabras, el beneficio esperado por el consumo de un sitio *web* particular seguramente sea menor al costo de asesoramiento para determinar la procedencia del bloqueo (sumado a la probable penalidad). Por lo tanto, el incentivo dominante para el buscador será resguardarse de sanciones (abandonando cualquier esfuerzo para evitar errores) más que proteger al proveedor de contenidos de una posible censura.

El hecho de que los motores de búsqueda constituyan una herramienta sumamente valiosa, que merezca una adecuada tutela porque potencia la dimensión social de la libertad de expresión y el acceso a la información, no significa que sus dueños posean un compromiso serio con la expresión que facilitan. En tanto empresa con fines de lucro, que depende de publicidades y afiliados corporativos, el buscador en principio adoptará la decisión menos costosa y no la que preserve más la libertad de expresión. En cambio, la judicatura al momento de resolver una orden de eliminación hará el respectivo balance de todos los derechos en juego.

En un mercado concentrado de intermediarios, que pueden resultar vulnerables a distintas presiones, a las que parecieran ser inmunes los proveedores primarios, grupos de consumidores poderosos podrían vetar el discurso de otros; empresas podrían bloquear contenidos de sus competidores; etcétera. Una censura privada sin coordinación ni supervisión y con poca visibilidad, en clara afectación a la garantía de la libertad de expresión, generaría que la comunidad ni siquiera se anoticie de que determinado mensaje no llegó a destino. Estas circunstancias, precisamente, exigen una mayor protección de la actividad de los buscadores y la necesidad de generar incentivos adecuados, dejando en manos de la jurisdicción el examen subjetivo de los sitios de terceros que aquellos indexan.

Por otra parte, podría suceder que quienes vieron bloqueados sus contenidos entiendan afectado su derecho a la libertad de expresión y decidan iniciar acciones legales contra el

buscador. Si el juez interviniente considerase que la eliminación de la lista de resultados no era procedente podría eventualmente, quizás fundado en una causal de discriminación, disponer una condena de daños y perjuicios contra la empresa. Así las cosas, el intermediario quedaría entre la espada y la pared. Ante una solicitud extrajudicial de bloqueo tendría dos amenazas bien fundadas de procesos judiciales: del particular que aprecia menoscabado su derecho al honor o la intimidad y del proveedor del contenido que estima afectada su garantía a la libertad de expresión.

Por lo tanto, estimo que hay razones suficientes como para establecer como regla general la necesidad de una orden judicial de bloqueo. Este sistema, que prevalece en varios países del derecho comparado como España, Chile y Brasil, ha sido defendido por la Organización de las Naciones Unidas, que destacó que los buscadores de Internet no serán responsables por información generada por terceros a menos que se nieguen a cumplir una orden judicial que exija su eliminación. A su vez, el referido organismo dejó en claro que los intermediarios no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión<sup>43</sup>.

Ahora bien, lo hasta aquí concluido no significa que a la hora de legislar o de avanzar en una lista taxativa pretoriana deba descartarse por completo un sistema de “*notice and takedown*” como el que prevé la legislación norteamericana en temas de propiedad intelectual (que han quedado al margen del presente trabajo). La normativa podría indicar como regla general la necesidad de una orden judicial y luego especificar excepciones concretas –que no afecten la garantía constitucional de la libertad de expresión– en las que rija un procedimiento de notificaciones extrajudiciales y posterior bloqueo. Este es el régimen que adoptó Brasil hace tan sólo algunos meses, que luego de requerir como regla una orden judicial (artículo 19), dispone que los buscadores serán responsables subsidiariamente en casos de violación a la intimidad cuando, una vez notificados extrajudicialmente por el participante o su representante, no bloqueasen imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado (artículo 21).

En resumidas cuentas, si bien la idea de recurrir a la justicia para lograr la remoción de resultados del índice de búsqueda puede aparecer –en principio– como poco práctica, engorrosa y costosa, dada la calidad de intermediario del buscador y el contexto de omisión legislativa, es la solución que mejor conjuga los intereses involucrados<sup>44</sup>, brinda una respuesta

<sup>43</sup> Hugo A. Vaninetti y Gustavo J. Vaninetti, “Responsabilidad de los buscadores y libertad de expresión”, *La Ley A* (2014): 120 (2014-A-120), *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 2014-IV, 37.

<sup>44</sup> Lisandro Frene, “Responsabilidad de los “buscadores” de Internet”, *La Ley F* (2009): 1219 (2009-F-1219).

apropiada a la tensión de derechos fundamentales y genera incentivos adecuados a los operadores. Ello no significa que el Poder Legislativo pueda adoptar en el futuro una regulación específica en la materia, que disponga excepciones justificadas concretas (como las señaladas por la Corte Federal); y no construcciones abiertas que requieran la interpretación del intermediario y atenten contra los derechos que se pretende tutelar.

### ***IV.3. Los parámetros aplicables a una orden judicial de bloqueo de resultados.***

#### ***Tutela preventiva y un final incierto***

Para finalizar este punto, me referiré brevemente a los parámetros que considero aplicables a una orden judicial de bloqueo de resultados. Es que uno de los interrogantes que se ha planteado es si quien siente afectado su derecho a la intimidad o el honor debe detallar específicamente ante la jurisdicción, sea por un pedido cautelar o definitivo, los sitios cuyo bloqueo pretende, indicando el URL pertinente, o si puede requerir la eliminación de todos los contenidos referidos a su persona de la base de datos del buscador. Esto puede incluir en el análisis tanto a los existentes como a los que en un futuro puedan presentarse.

Al respecto, cabe señalar que las medidas genéricas no sólo resultan de difícil cumplimiento sino que pueden afectar injustamente los derechos de los titulares de los sitios *web*, de la sociedad que pretende acceder a la información, de posibles homónimos que nada tienen que ver con el asunto e, incluso, del propio reclamante. Esto significa, que aún cuando los intermediarios puedan contar con herramientas técnicas para eliminar del filtrado cierta palabra o su conexión con otra, la medida indeterminada puede pecar por exceso o por defecto.

Por un lado, se pueden bloquear contenidos en los que figura el término indicado pero que de ninguna manera resultan agraviantes (inclusive pueden resultar meramente informativos), cercenando de este modo el derecho a la libertad de expresión de quienes los proveyeron y el acceso a la información del conjunto social; con todos los problemas que trae aparejado. Hasta puede afectarse al propio requirente, que ve excluida de Internet toda referencia a su persona, privándose de una difusión positiva de su carrera profesional o imagen<sup>45</sup>. Por lo tanto, es necesario que un juez valore en cada caso particular si el resultado impugnado afecta o no los derechos invocados<sup>46</sup>. Por otra parte, con una medida genérica referida a un término específico

<sup>45</sup> Ezequiel M. Zabale, "Deber de bloquear y dar de baja de información en los buscadores de Internet", *La Ley*, Sup. Act. 2013. 1.

<sup>46</sup> CNCyCF, Salla III, "David Gutiérrez, Pamela y otros c/ Microsoft de Argentina SA s/ medidas cautelares", 31/05/2012; "S. G. E. c. Google Inc. s/medidas cautelares", 2012, *LL*, 2012-B, 171; entre otras.

se puede dejar de lado otros sitios agraviantes que utilizan apodos o palabras diferentes para referirse al mismo sujeto.

Tal como sostuvo el voto en mayoría de la Corte Federal, toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad<sup>47</sup>. En definitiva, en lo que concierne a medidas adoptables a futuro, consideró que no procede la tutela preventiva, que puede generar una censura previa, sino determinar en todo caso responsabilidades ulteriores.

En consecuencia, razones de proporcionalidad<sup>48</sup>, que valoran todos los intereses en juego, exigen como requisito fundamental que el afectado individualice puntualmente los sitios que pretende sean bloqueados, a fin de que el juez determine la procedencia de su eliminación de los resultados del buscador. Coincido, entonces, con la Corte Federal en que no corresponde, ni aún de modo preventivo, establecer medidas genéricas de bloqueo.

No obstante, no puede dejar de señalarse que los Dres. Lorenzetti y Maqueda consideraron, en su disidencia parcial, que es posible reconocer una acción judicial a fin de que se adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos (tutela sustancial inhibitoria); esto es, para evitar que en tiempos venideros se establezcan nuevos vínculos que afecten los derechos personalísimos y se produzca la repetición de la difusión de información lesiva. Un mandato preventivo, “que persigue evitar la repetición, agravamiento o persistencia de daños”, habilitado por la “sola amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado” (considerando 33).

Al respecto, cabe señalar que no se explica a ciencia cierta cómo se implementaría esta tutela preventiva sin afectar los derechos involucrados y las problemáticas descriptas. A su vez, aún cuando expresamente se advierte que resulta factible y que no puede confundirse con la imposibilidad aludida en el considerando 17 (en el que se sostiene que “en las condiciones actuales del desarrollo tecnológico...esa actividad no permite prevenir, de manera genérica...eventuales daños a terceros”; que se debe “descartar que la demandada se encuentre en condiciones técnica y jurídica de evitar, de forma generalizada y anticipadamente, eventuales resultados lesivos”), en tanto deben suministrarse pautas de identificación necesarias para su concreción, resulta sumamente complejo no vislumbrar una contradicción. Por último, resulta difícil conciliar y armonizar una medida de estas características con los argumentos y las conclusiones esbozadas a lo largo de este trabajo.

<sup>47</sup> Considerando 23 del fallo “Rodríguez”.

<sup>48</sup> CNCyCF, Sala I, “P., P. c. Yahoo de Argentina S.R.L.”, 2012.

No puede soslayarse que la disidencia parcial referida se encuentra suscripta por una minoría con potencialidad de erigirse, en un futuro cercano, en mayoría. Es que con la partida del Dr. Zaffaroni, un nuevo Ministro de la Corte Federal asumirá funciones y deberá, en caso de llegar un nuevo caso al tribunal, dirimir esta compleja cuestión. El final de esta historia, al menos en lo que respecta a la posibilidad de requerir medidas judiciales de bloqueo preventivo, es incierto.

## **V. Conclusiones**

Internet ha revolucionado las formas de comunicarse, procesar la información y socializar el conocimiento humano. El uso democrático, interactivo y participativo de la red genera que todos seamos al mismo tiempo proveedores y consumidores de contenidos de lo más variados (científicos, culturales, educativos, intelectuales, políticos, económicos y, por qué no, banales, triviales y superficiales).

Los motores de búsqueda son una herramienta vital ya que permiten a los usuarios localizar contenidos relevantes dentro de un flujo incesante de conocimientos. La búsqueda, recepción y difusión masiva de información a través de Internet se encuentra comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión. Por supuesto que tal garantía no es absoluta y debe conciliarse con los restantes derechos fundamentales. Si se acreditara una afectación al honor o la intimidad, quienes subieron la información a la red, previo análisis de juez competente, serán responsables de los perjuicios ocasionados.

Sin embargo, la cuestión no será tan sencilla en lo que respecta a los buscadores de Internet. La aplicación de un factor objetivo de atribución generaría incentivos inadecuados, ya que se les exigiría a los intermediarios (que en principio no crean ni modifican la información que publican los sitios de terceros) una conducta de prevención, referida al control de calidad de contenidos que indexan, imposible de llevar adelante tanto desde una perspectiva práctica como jurídica. Podría generarse una peligrosa censura previa que afecte derechos personales de los proveedores, de la comunidad e, inclusive, del potencial reclamante. A su vez, la consiguiente internalización de costos por futuras condenas podría trasladarse al usuario o bien limitar o hacer desaparecer una actividad de valor inconmensurable.

Por lo tanto, considero, en coincidencia con la marcada tendencia en el derecho foráneo y la decisión de nuestro máximo tribunal, que debe establecerse un factor de atribución subjetivo, que se configurará cuando los intermediarios, pese a tener un conocimiento efectivo

de la nocividad de un contenido, decidan no bloquearlo de su lista de resultados. Esta es la doctrina que armoniza la responsabilidad civil con las garantías constitucionales involucradas, que tiene en cuenta los razonamientos de nuestro más alto tribunal en problemáticas similares y mejor conjuga todos los derechos involucrados.

En cuanto a la disputa referida al momento en que se conforma el conocimiento efectivo; esto es, si basta con una notificación del afectado o si es necesaria una orden judicial que debe especificar puntualmente los sitios a ser eliminados del listado de resultados, por las razones brindadas, me inclinaré por la segunda. No parece razonable trasladar al buscador la determinación de la verosimilitud y/o efectividad de un derecho; tarea que debe quedar bajo la órbita de los magistrados.

Una regla abierta de comunicaciones extrajudiciales podría incentivar al intermediario, dados los costos derivados de analizar cada pedido y el temor de una condena, a eliminar cuanto resultado de búsqueda se le requiera. El beneficio esperado por el consumo de un sitio seguramente sea menor al costo de asesoramiento para determinar la procedencia de la eliminación (sumado a la probable penalidad). El hecho de que el motor de búsqueda constituya una herramienta valiosa, que merezca una adecuada tutela porque potencia la dimensión social de la libertad de expresión y el acceso a la información, no significa que sus dueños posean un compromiso serio con la expresión que facilitan. El buscador como empresa con fines de lucro que puede resultar vulnerable a diversas presiones adoptará la decisión menos costosa y no la que proteja a los proveedores de posibles censuras.

Por el contrario, la judicatura al momento de resolver una orden de eliminación de resultados hará el respectivo balance de todos los intereses implicados. Ahora bien, esto no significa que a la hora de legislar puedan preverse excepciones concretas y justificadas a esta regla general de manda judicial, implementando un sistema de comunicaciones extrajudiciales que no afecte los derechos que se pretende tutelar. En este sentido, resulta interesante la propuesta de la Corte Federal en una decisión *obiter dictum* de establecer en qué supuestos puede considerarse que el daño es manifiesto y grosero, en cuyo caso basta con una comunicación fehaciente del damnificado.

Ahora bien. A fin de lograr un esquema de incentivos adecuado, un equilibrio razonable entre los derechos de las partes involucradas y de la sociedad en su conjunto y brindar a los operadores del sistema reglas de juego claras, tal lista debe ser taxativa y permitir anticipar con certeza en qué casos se presenta una ilicitud manifiesta.

Por último, cabe señalar que la disidencia parcial del fallo de la Corte Federal (suscripta por una minoría con potencialidad de convertirse en pocos meses en mayoría atento los cambios venideros en la conformación del máximo tribunal) admite la procedencia de una acción judicial de tutela preventiva para que se adopten las medidas necesarias a fin de evitar futuras vinculaciones que afecten derechos personalísimos difícil de compatibilizar y armonizar con los argumentos y conclusiones esbozadas a lo largo de este trabajo, y que abre un serio interrogante en cuanto al final de esta historia.

## AUTOGENERACIÓN DISTRIBUIDA Y BALANCE NETO INTRODUCCIÓN A SU REGULACIÓN JURÍDICA

*Por Nicolás Eliashev<sup>1</sup>*

### **Resumen**

Este trabajo se centra en la posibilidad, cada vez más extendida de la autogeneración distribuida y el balance neto.

El foco es exponer cuáles son los elementos ya presentes en nuestro ordenamiento jurídico que dan sustento normativo a estas posibilidades.

En tal sentido, en este trabajo se argumenta que la introducción de esquemas de autogeneración distribuida y balance neto tiene claro fundamento constitucional y legal.

Por otra parte, se delinearán los elementos básicos de la normativa adicional que debiera incorporarse en la Argentina para que dichos esquemas de suministro sean plenamente viables desde el punto de vista legal.

**Palabras clave:** Regulación eléctrica – Autogeneración distribuida – Balance neto.

*“(…) asegurar los beneficios de la libertad,  
para nosotros, para nuestra posteridad, y  
para todos los hombres del mundo que  
quieran habitar en el suelo argentino (…)”*

Constitución Nacional, Preámbulo

---

<sup>1</sup> Abogado, MSc Public Policy, London School of Economics, Universidad de Londres, Reino Unido. Profesor de Derecho Administrativo y de la Regulación en Universidad de San Andrés. Profesor de Derecho de la Energía en el Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria (CEARE) de la UBA- Profesionalmente se desempeña como Socio en el Estudio y Consultora HELIAN. El autor desea agradecer muy especialmente a la valiosa colaboración de la alumna Victoria Mulville que aportó investigación sobre distintas cuestiones que se refieren al presente trabajo.

## 1. Introducción

El presente trabajo parte de la evidencia fáctica que indica que la organización industrial de las actividades que involucran el suministro de energía eléctrica se encuentra en un proceso de cambio cualitativo<sup>2</sup>.

Este nuevo paradigma emergente en la industria de la energía eléctrica puede definirse como un conjunto de tecnologías de generación y transmisión de electricidad que en conjunción con las tecnologías de la información determina que sea física y económicamente viable pensar en un suministro eléctrico interactivo, descentralizado, distribuido, flexible, modular y sustentable<sup>3</sup>.

En adelante, a riesgo de utilizar un concepto algo sobre-utilizado pero todavía conceptualmente ilustrativo, me referiré a este nuevo paradigma como “Electricidad 2.0”.

Así definido, el nuevo paradigma incluye gran cantidad de elementos.

En este trabajo me centro en uno de ellos, la posibilidad, cada vez más extendida de que los consumidores generen una parte importante de la energía eléctrica que consumen (autogeneración distribuida) y en ocasiones comercialicen una parte de esa energía en la red (balance neto o *net metering*).

Desde el punto de vista de esos consumidores, la creciente viabilidad de la modalidad de la autogeneración distribuida y el balance neto tiene una consecuencia directa en la posibilidad ampliar la esfera de su libertad de elección en su relación de consumo de energía eléctrica, un derecho consagrado en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

En el presente trabajo el foco está en exponer cuáles son los elementos ya presentes en nuestro ordenamiento jurídico que dan sustento normativo a la autogeneración distribuida y al balance neto.

En tal sentido, en este trabajo se argumenta que la introducción de esquemas de autogeneración distribuida y balance neto tiene claro fundamento constitucional. También se argumenta que la Ley 24.065, que aprobó el marco regulatorio eléctrico en 1992, es un instrumento que contiene las bases para la introducción de los esquemas de suministro eléctrico aquí descriptos. Por otra parte, se delinean los elementos básicos de la normativa adicional que debiera incorporarse en la Argentina para que dichos esquemas de suministro

---

<sup>2</sup> Michael Libreich, “New Energy ROI: Resilience, Optionality, Intelligence”, *Bloomberg New Energy Finance*, 27 de febrero 2013, disponible en <http://about.bnef.com/blog/libreich-the-new-energy-roi-resilience-optionality-intelligence/> (consultado por última vez el 29 de marzo de 2015).

<sup>3</sup> MIT Energy Initiative, *The Future of the Electric Grid. An Interdisciplinary MIT Study*, 2011. Disponible en <http://mitei.mit.edu/publications/reports-studies/future-electric-grid> (consultado por última vez el 29 de marzo de 2015).

sean plenamente viables desde el punto de vista legal.

En el punto 2 se describen en forma básica los dos modelos básicos de organización industrial del sector eléctrico (cada uno de ellos con su regulación jurídica específica) que han existido a partir de mediados del siglo XX y hasta la actualidad en la Argentina.

En el punto 3 se describe en forma esquemática la emergencia a nivel mundial del nuevo modelo industrial en materia de provisión de energía eléctrica (Electricidad 2.0) que incorpora la autogeneración distribuida y las redes inteligentes que permiten el intercambio bi-direccional de energía eléctrica y con ello el balance neto.

En el punto 4 se analizan las normas actualmente vigentes en la Argentina con el fin de considerar cuáles son los fundamentos normativos vigentes que ya habilitan el desarrollo de la autogeneración distribuida y el balance neto en el mercado argentino y cuáles las regulaciones adicionales que deberían ser introducidas a fin de concretar tal fin.

En el punto 5 se esboza una conclusión.

## **2. Los dos modelos básicos aplicados en la República Argentina**

### 2.1. El modelo integrado y estatal

En la Argentina y en el mundo, el suministro de la electricidad, como otros bienes y servicios caracterizados por su estructura en red, ha estado diseñado, desde al menos 1945, a partir de una oferta centralizada e integrada caracterizada por economías de escala con un esquema que incluye grandes centrales de generación de energía eléctrica, transmisión por líneas de alta tensión que conectan las instalaciones de generación con los principales nodos industriales y urbanos de consumo, y distribución por líneas de media y baja tensión que permiten el consumo final<sup>4</sup>.

En esta organización tradicional de la industria eléctrica, el uso de la energía requiere de una infraestructura que le de soporte, es decir de una estructura de interconexión donde se pone en relación a todos los posibles proveedores y consumidores de un determinado tipo de bienes y servicios, permitiendo relaciones no unilaterales sino plurales, con un concepto que equivalente al de una red<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> New York State Department Of Public Service 2014, *Reforming The Energy Vision: Staff Report And Proposal, Case 14-M-0101, 4/24/2014.* Disponible en [http://www3.dps.ny.gov/W/PSCWeb.nsf/96f0fec0b45a3c6485257688006a701a/26be8a93967e604785257cc40066b91a/\\$FILE/ATTK0J3L.pdf/Reforming%20The%20Energy%20Vision%20\(REV\)%20REPORT%204.25.%202014.pdf](http://www3.dps.ny.gov/W/PSCWeb.nsf/96f0fec0b45a3c6485257688006a701a/26be8a93967e604785257cc40066b91a/$FILE/ATTK0J3L.pdf/Reforming%20The%20Energy%20Vision%20(REV)%20REPORT%204.25.%202014.pdf) (consultado por última vez el 31 de marzo de 2015).

<sup>5</sup> Oscar Aguilar Valdez, "Competencia y Regulación Económica - Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio", *RAP: Servicio Público, Policía y Fomento* (25 junio 2004): 59.

Por ello, la regulación de la energía eléctrica ha estado constituida mayormente por la regulación de esa infraestructura, ya sea tanto desde el punto de vista de los prestadores de servicios como también de sus usuarios.

En tal sentido, por definición, toda red o infraestructura tiene, por su carácter físico, una capacidad limitada y además las características económicas de un monopolio natural en donde la competencia no se traduce en eficiencia.

Los distintos diseños regulatorios han procurado que exista una oferta de electricidad — incluyendo en la oferta a tanto las instalaciones de generación eléctrica como a las redes de transmisión y distribución— suficiente para abastecer una demanda cuya evolución podía preverse pero no modificarse.

En la Argentina, entre los años 1945 y 1991, la vía para el logro de ese objetivo fue a partir del Estado como actor esencial e indispensable en la planificación y en la ejecución de obras de gran escala, a partir de empresas estatales que, en su mayoría, estaban verticalmente integradas<sup>6</sup>. Se trataba de un diseño caracterizado por un sector eléctrico centralizado e integrado en el Estado Nacional en donde la actividad eléctrica en su conjunto estaba regulada como un servicio público<sup>7</sup>.

## 2.2. Desintegración, privatización y liberalización

La desintegración vertical de la industria eléctrica supone que las actividades que forman parte de ella (generación, transmisión y distribución) pueden ser separadas para que sean desempeñadas por distintas empresas. Tal separación de actividades implica, asimismo, un tratamiento regulatorio disímil para cada una de ellas.

Esta desintegración vertical fue introducida en la Argentina por la Ley 24.065 en el año 1992.

El esquema de desintegración vertical de la Ley 24.065 implica separar, el tratamiento regulatorio de la generación (y comercialización) de la energía eléctrica, del tratamiento regulatorio de la infraestructura de transmisión y distribución necesaria para concretar su suministro.

De esta forma, se diferencia el bien que está siendo producido y vendido, es decir, la energía eléctrica, de las infraestructuras cuyo uso se requiere para que ese producto sea suministrado y consumido.

<sup>6</sup> Ver: Rubén A. Barreiro, *Derecho de la Energía Eléctrica* (Buenos Aires: Ábaco, 2002); Christopher Foster, *Privatisation, Public Ownership and the Regulation of Public Monopoly* (Blackwell: Oxford, Blackwell, 1992).

<sup>7</sup> Carlos Bastos y Manuel Abdala, *Transformación del sector eléctrico argentino* (Santiago de Chile: Editorial Antártica, 1994)

En el esquema de la Ley 24.065 y sus reglamentaciones: (i) el Generador produce y vende la energía, y su remuneración es por la energía puesta a disposición y vendida, y está dada por un precio que es el resultado del libre juego de la oferta y de la demanda a partir de su cálculo en función del criterio de costo marginal de corto plazo; (ii) el Transportista/Distribuidor transmite/distribuye la energía eléctrica por su red regulada como un servicio público y su remuneración está dada por una tarifa máxima aprobada por el regulador; (iii) el Gran Usuario (calificado por tal en función de un módulo de potencia definido por la reglamentación) tiene derecho a adquirir la energía eléctrica directamente al Generador por vía contractual y, si es habilitado como Autogenerador, a generar su propia energía y comercializar los excedentes; (iv) el resto de los usuarios adquiere la energía de los Generadores pero lo hace mediante los Distribuidores que efectúan el *pass through* de los costos de adquisición de la energía generada en condiciones de competencia a dichos usuarios; (v) los operadores de transmisión y distribución que son monopólicos respecto de una determinada red (transmisión) y de un área específica (distribución) deben otorgar un acceso no discriminatorio a sus redes a productores, comercializadores y usuarios (*open access*); y (vi) los Distribuidores tienen obligación de provisión del servicio con ciertos estándares de calidad<sup>8</sup>.

Esta separación así descrita permitió abrir el segmento de la generación de energía eléctrica a un esquema de prestación competitiva. En tal sentido, la idea que inspiró la separación era aprovechar los beneficios económicos de la competencia en aquellos sectores en donde ella era posible desde el punto de vista de su viabilidad técnica y económica. En los sectores en los que la competencia no era posible, por ser considerados monopolios naturales, la regulación fue diseñada para reemplazar o simular condiciones de competencia.

Este modelo funcionó en términos puros hasta el año 2002 en donde, a partir de la sanción de la Ley 25.561 (Ley de Emergencia Pública), el esquema de la Ley 24.065 sería progresivamente alterado y modificado, en la mayor parte de las ocasiones por vía de reglamentaciones sin el rango legal exigible para su validez y en clara violación de normas constitucionales y legales de jerarquía superior a esas normas reglamentarias.

### 3. Electricidad 2.0

#### 3.1. El nuevo paradigma. Bases conceptuales

---

<sup>8</sup> Ver: Nicolás Eliashev, “Debates sobre la Regulación Económica del Sector Eléctrico. ¿Desintegración desintegrada?”, *Res Publica Argentina* 3 (2006): 15; Nicolás Eliashev, “Sector eléctrico: Crisis y después. Presupuestos y propuestas para una contribución regulatoria a la superación de la crisis”, *Res Publica Argentina* 2 (2007): 39.

### 3.1.1. *Interactividad*

En el nuevo paradigma se abandona el concepto pasivo del usuario caracterizado exclusivamente como alguien que se limita a recibir y consumir un producto y se pasa a una noción interactiva y proactiva donde el usuario además de consumir puede en ocasiones producir e influir en la configuración del bien consumido.

Es por ello que la analogía con el concepto de Internet o Web 2.0 acuñado hace ya más de diez años resulta útil<sup>9</sup>. En Internet 1.0 los usuarios de la red tenían acceso a páginas estáticas programadas en HTML. En Internet 2.0 el usuario no se limita a consumir sino que tiene la posibilidad de interactuar con sitios Web programados a partir del concepto de la “arquitectura de la participación” erigiéndose en generador de contenidos propios y agregando valor a la red. En este nuevo paradigma, el conocimiento no se genera solamente desde el proveedor al usuario —o desde arriba hacia abajo (“*top-down*”)— sino desde los usuarios a sus pares y a los proveedores —o desde abajo hacia arriba (“*bottom-up*”)—. De esta manera, el conocimiento ha dejado de fluir únicamente en forma vertical y unidireccional, y fluye también en forma bidireccional y horizontal. Internet se convierte entonces en una plataforma y el conocimiento deja de ser un bien de consumo final para transformarse en un producto de la inteligencia colectiva creado por múltiples agentes que —como en la visión clásica del mercado— no buscan maximizar un bien colectivo sino individual pero terminan de esa manera causando lo primero.

De la misma manera en el nuevo paradigma eléctrico —Electricidad 2.0— el consumidor de energía ya no se limita a recibir un suministro en forma pasiva sino que adquiere la posibilidad de generar su propia energía, hacer eficiencias o tomar decisiones sobre las características de su perfil de demanda optando por reducciones voluntarias y temporarias. A partir de distintas modalidades de autogeneración y cogeneración, y redes de transmisión inteligentes, el usuario puede interactuar con sus proveedores, y con otros usuarios, tomando sus propias decisiones respecto a la producción y al consumo de electricidad<sup>10</sup>.

### 3.1.2. *Descentralización. Distribución y dispersión.*

Las alternativas tecnológicas hoy disponibles posibilitan que en ciertas condiciones sea viable y competitivo instalar generación de menor escala y en forma modular. Ello favorece opciones de construcción de infraestructura descentralizada de generación distribuida, es decir

---

<sup>9</sup> Tim O’Reilly, “What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software”, *O’Reilly*, 30 de septiembre de 2005. disponible en <http://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1> (consultado por última vez el 31 de marzo de 2015).

<sup>10</sup> Jay Stuller, *An Electric Revolution, Reforming Monopolies, Reinventing the Grid and Giving Power to the People* (Estados Unidos: Galvin Electricity Initiative, 2011)

de generación interconectada a una tensión a nivel de la red de distribución, o dispersa, es decir de generación aislada de cualquier interconexión<sup>11</sup>.

La generación distribuida y/o dispersa puede instalarse en distintas ubicaciones geográficas y con distintas variantes (turbinas y motores térmicos que funcionan con combustibles convencionales (diésel, gas natural) o combustibles alternativos (biocombustibles o biomasa), modalidades de cogeneración a base de combustibles convencionales o alternativos, paneles fotovoltaicos, aerogeneradores eólicos, almacenamiento de energía a pequeña escala, entre otros.

Estas opciones favorecen la adopción de soluciones locales y específicas que en ocasiones crecientes pueden ser competitivas frente a las cuantiosas inversiones que resultan necesarias en materia de redes de transporte de alta tensión, troncal o distribución y a las pérdidas que se producen en la transmisión de energía eléctrica a distancias largas así como respecto de las pérdidas de eficiencia en las instalaciones de generación a gran escala.

La autogeneración distribuida, que es la variante que constituye el foco del presente trabajo, está constituida por las instalaciones de generación conectadas a nivel de distribución en los lugares de consumo que producen energía eléctrica cuyo destino principal es el autoconsumo pero cuya interconexión con la red permite, en ocasiones su aporte a ella a partir de estructuras de interconexión que permiten el intercambio bi-direccional de la energía eléctrica.

### 3.1.3. *Autosuficiencia. Devolución de poderes a los usuarios*

El nuevo paradigma eléctrico implica pensar a la demanda como un actor protagónico de su propio abastecimiento. Ello puede darse con la maximización de las posibilidades de generar energía propia (y en ocasiones comercializarla) a partir de las fuentes de energía a las que cada usuario tiene mayor acceso según su actividad y ubicación, pero también con la posibilidad de administrar el nivel de la propia demanda con un esquema de reducciones voluntarias y remuneradas, y con la introducción de eficiencias en procesos y equipamientos tanto domésticos como corporativos.

### 3.1.4. *Sustentabilidad*

Las nuevas tecnologías disponibles que están en plena evolución posibilitan tanto una diversificación de las maneras de generar energía eléctrica como la posibilidad de hacerlo con una mayor eficiencia.

Así, hoy es posible y viable generar energía eléctrica a partir de fuentes como la eólica, la

---

<sup>11</sup> International Energy Agency, *Distributed Generation in Liberalized Electricity Markets* (Paris: OECD/IEA, 2002).

solar, la geotérmica y la mareomotriz. También se han diversificado los combustibles a partir de los cuales es posible producir vapor para generar energía eléctrica e incluso es factible la utilización a tal efecto de la más diversa variedad de productos de biomasa.

Estas innovaciones determinan que la sustentabilidad, es decir, un aprovechamiento de recursos tal que sea respetuoso de la posibilidad de su consumo para el abastecimiento de necesidades futuras, sea una característica central del nuevo paradigma.

### 3.2. Cambios tecnológicos

#### 3.2.1. *Una nueva manera de pensar en la generación*

Tanto la autogeneración industrial (es decir la generación de energía por parte de un consumidor de electricidad que genera energía eléctrica como producto secundario, siendo su propósito principal la producción de bienes y/o servicios) como la cogeneración industrial (es decir la generación conjunta de energía eléctrica y vapor u otra forma de energía para fines industriales, comerciales de calentamiento o de enfriamiento) no es nueva en la Argentina como modo de abastecimiento para las grandes industrias.

En la segunda mitad del siglo XX era normal y habitual que las grandes industrias tuvieran dentro de sus plantas, turbinas de vapor convencionales de generación termoeléctrica que funcionaban generalmente con combustibles líquidos. Eran instalaciones en general poco eficientes y costosas que estaban preparadas para servir de respaldo ante los inconvenientes de un sistema eléctrico que en ocasiones podía ser poco confiable. Esta forma de abastecimiento de electricidad se juzgaba poco eficiente entre otros motivos por el hecho de que implicaba que una industria desviara recursos en desarrollar dentro de su planta una industria distinta de la que constituía su núcleo. Las mejoras en la confiabilidad y disponibilidad del sistema eléctrico junto con la expansión de la potencia instalada que se verificó entre 1992 y 2000 determinaron que muchas de estas instalaciones de autogeneración fueran dejadas de utilizar. Luego, a partir del año 2005, con el comienzo en la escasez del suministro energético, muchas de estas infraestructuras comenzaron a utilizarse nuevamente.

Como se refiere en el punto 4.1.3, la interconexión de instalaciones de autogeneración y cogeneración al Sistema Argentino de Interconexión (SADI) ha estado regulada desde 1992.

El concepto de autogeneración distribuida no hace referencia a la modalidad industrial sino a la modalidad en la que la autogeneración es de pequeña escala y está conectada en baja tensión en el lugar de consumo, ya sea en consumidores residenciales o comerciales.

La modalidad más difundida de autogeneración distribuida (aunque de ninguna manera excluyente de otras modalidades) es la generación de electricidad a partir de energía solar captada por paneles fotovoltaicos. Los paneles fotovoltaicos utilizan celdas para convertir la

radiación solar en electricidad. Las celdas son capas de materiales semiconductores. La radiación solar crea un campo eléctrico entre las capas causando la corriente eléctrica. La generación de energía eléctrica a partir de la energía de la radiación solar es intermitente en cuanto a qué depende de la presencia de esa radiación. Por ello, en esquemas dispersos, la energía fotovoltaica debe ser complementada con otras fuentes de energía.

Cuando la generación fotovoltaica se utiliza en hogares o comercios conectados a la red, la intermitencia no es un inconveniente. Cuando hay disponibilidad de electricidad proveniente de las instalaciones fotovoltaicas se utiliza dicha energía y en caso contrario se utiliza la energía proveniente de la red.

La difusión de la tecnología fotovoltaica en los segmentos residenciales es masiva y así en Estados Unidos, Australia y varios países de Europa como Alemania, España, Italia y el Reino Unido, existen centenares de miles de usuarios de la red eléctrica que tienen instalaciones fotovoltaicas<sup>12</sup>.

### 3.2.2. Cambios en transporte y distribución. Redes inteligentes.

La importancia de la autogeneración distribuida se materializa con la existencia de una plataforma adecuada para permitir la inyección a la red de la energía eléctrica generada por esas instalaciones y así generar las condiciones de intercambio y/o compensación con el Distribuidor llamado balance neto.

Esa plataforma es la llamada red inteligente o *Smart Grid*, una red de suministro de energía, automatizada y distribuida que se caracteriza por la circulación bi-direccional de electricidad e información que incorpora a la red los beneficios de las tecnologías informáticas para permitir provisión de información en tiempo real<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> European Photovoltaic Industry Association, *Global Market Outlook For Photovoltaics 2014-2018* (Bélgica, EPIA, 2013). Disponible en: [http://www.epia.org/fileadmin/user\\_upload/Publications/44\\_epia\\_gmo\\_report\\_ver\\_17\\_mr.pdf](http://www.epia.org/fileadmin/user_upload/Publications/44_epia_gmo_report_ver_17_mr.pdf) (consultado por última vez el 31 de marzo de 2015).

<sup>13</sup> Ver: National Energy Technology Laboratory, *A Vision for the Smart Grid. The Modern Grid Strategy. Developed for the U.S. Department of Energy Office of Electricity Delivery and Energy Reliability by the National Energy Technology Laboratory* (Junio 2009). Disponible en: [http://www.netl.doe.gov/File%20Library/research/energy%20efficiency/smart%20grid/whitepapers/Whitepaper\\_The-Modern-Grid-Vision\\_APPROVED\\_2009\\_06\\_18.pdf](http://www.netl.doe.gov/File%20Library/research/energy%20efficiency/smart%20grid/whitepapers/Whitepaper_The-Modern-Grid-Vision_APPROVED_2009_06_18.pdf) (consultado por última vez el 31 de marzo de 2015); Comisión Europea, *European Technology Platform Smart Grids EUR 22040 Vision and Strategy for Europe's Electricity Networks of the Future* (Bélgica: Office for Official Publications of the European Communities, 2006); United States Department of Energy Office of Electric Transmission and Distribution, *Grid 2030: A National Vision for Electricity's second 100* (Julio 2003). Disponible en: [http://energy.gov/sites/prod/files/oeprod/DocumentsandMedia/Electric\\_Vision\\_Document.pdf](http://energy.gov/sites/prod/files/oeprod/DocumentsandMedia/Electric_Vision_Document.pdf) (consultado por última vez el 31 de marzo de 2015); National Energy Technology Laboratory, *DOE/NETL-2010/1413: Understanding the Benefits of the Smart Grid* (18 de Junio 2010). Disponible en: [http://www.netl.doe.gov/File%20Library/research/energy%20efficiency/smart%20grid/whitepapers/06-18-2010\\_Understanding-Smart-Grid-Benefits.pdf](http://www.netl.doe.gov/File%20Library/research/energy%20efficiency/smart%20grid/whitepapers/06-18-2010_Understanding-Smart-Grid-Benefits.pdf) (consultado por última vez el 31 de marzo de 2015).

## **4. Cuestiones jurídicas. Fundamentos y barreras**

En esta sección se argumenta, en primer término que en el ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina existen fundamentos constitucionales suficientes para considerar la legalidad y procedencia de la autogeneración distribuida y el balance neto. En segundo término se alega que el sistema establecido por la Ley 24.065 contiene las bases idóneas para la introducción de este nuevo esquema de suministro.

Finalmente, se puntualiza que existen cuestiones pendientes que exigirían la introducción de nuevas normas en el marco de los ordenamientos jurídicos provinciales.

### **4.1. Fundamentos**

La posibilidad de los usuarios de generar su propia energía eléctrica y comercializar los excedentes tiene fundamento claro y directo en la Constitución Nacional y en el marco regulatorio eléctrico vigente a partir de la Ley 24.065.

En tal sentido, la instrumentación jurídica de esta alternativa no requiere del reemplazo del diseño descentralizado y liberalizado de la Ley 24.065, sino que considera que ese diseño es un punto de partida, es decir que busca construir soluciones a partir de cimientos ya dados.

En el nuevo diseño, un sector eléctrico liberalizado y desintegrado bajo el mandato de la Ley 24.065 es complementado con esquemas de creciente y progresiva descentralización, distribución y devolución de poderes a favor de los usuarios.

#### *4.1.1. Fundamento constitucional*

Desde un punto de vista filosófico y político, el fundamento último de un paradigma como el que aquí se considera es la libertad. El esquema propuesto hace centro en la posibilidad de los usuarios de elegir y de tomar decisiones libremente y de independizarse de la intervención estatal y del monopolio privado. Es decir, se trata de hacer foco en la libertad como bien en sí mismo y como instrumento de ulteriores beneficios.

La libertad es esencial para la Constitución Nacional desde su propio preámbulo que habla de “*asegurar los beneficios de la libertad*” hasta su expresión concreta en los derechos que allí se reconocen y en los principios como el de legalidad que disciplinan el accionar del poder. En tal sentido, nunca es ocioso recordar que el Artículo 19 prescribe que “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

Así, el Artículo 42 establece que “[l]os usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo [...] a la libertad de elección [...]” y aunque dicho artículo admite la existencia de monopolios, dicha norma subordina su legitimidad a una imposibilidad

económica o una decisión legislativa así como a la necesidad de su control.

Aunque parezca evidente, debe recalcar que la libertad de elección de un consumidor (demanda) presupone la posibilidad de elegir entre distintos proveedores (oferta) pero también de proveerse un determinado bien a sí mismo.

Por otra parte, en cuanto a la posibilidad de comercializar la energía excedente, no debe perderse de vista que el Artículo 14 de la Constitución Nacional consagra el derecho de ejercer “*toda industria lícita*” y de comerciar.

#### 4.1.2. *Fundamentos legales*

La Ley 24.065, vigente y sancionada hace más de veinte años prevé todos los elementos regulatorios necesarios para concretar la posibilidad de la autogeneración distribuida.

La desintegración vertical implicó la separación de las actividades de generación, transporte y distribución tanto en el caso de la energía eléctrica y la prohibición de tenencias cruzadas entre los distintos segmentos de la industria eléctrica.

La apertura a la competencia en el sector de la generación de energía eléctrica se complementó con el derecho de los Grandes Usuarios a adquirir energía eléctrica directamente de los Generadores, generar su propia energía eléctrica y comercializar sus excedentes. Todo ello posibilitado a partir del principio del acceso abierto de redes consagrado en la Ley 24.065 en virtud del cual “*los transportistas y los distribuidores están obligados a permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de sus sistemas que no esté comprometida para abastecer la demanda contratada, en las condiciones convenidas por las partes y de acuerdo a los términos de esta ley*” (Artículo 22).

El elemento fundamental de la Ley 24.065 está dado por la separación de la regulación del bien suministrado, es decir, la energía eléctrica, de la regulación de la infraestructura que necesaria para su suministro, es decir las redes de transmisión y distribución.

En cuanto a la energía eléctrica debe recordarse que el Artículo 2 de la Ley 15.336 (la Ley básica de la Energía Eléctrica sancionada en 1960 y aún vigente con las modificaciones introducidas por la Ley 24.065) estableció que “*la energía eléctrica, cualquiera sea su fuente y las personas de carácter público o privado a quienes pertenezca, se considerará una cosa jurídica susceptible de comercio por los medios y formas que autorizan los códigos y leyes comunes*” y que el Artículo 4 estipuló que “*las operaciones de compra o venta de la electricidad de una central con el ente administrativo o con el concesionario que en su caso presta el servicio público, se reputarán actos comerciales de carácter privado en cuanto no comporten desmedro a las disposiciones de la presente ley.*”

El régimen de la Ley 24.065 habilita el comercio de la energía eléctrica a Generadores y

a Grandes Usuarios. En cuanto los restantes usuarios, la energía eléctrica les es suministrada por aquellos que operan las redes de media y baja tensión que los abastecen, es decir por los Distribuidores. Pero tal circunstancia no convierte a los Distribuidores en vendedores de energía, ya que ellos son remunerados por la operación de sus redes y no por la compraventa de energía.

En tal sentido, debe recordarse que en el esquema de la Ley 24.065 los Distribuidores no generan la energía que suministran ni tampoco obtienen un margen de ganancia por su venta (Artículos 9, 36 y 40, inciso c), entre otros) sino que su actividad es la operación de la redes de media y baja tensión, y que el costo de la energía que adquieren a los Generadores es traspasado a los usuarios.

De ello se sigue que no solamente la Ley 24.065 no impide la posibilidad de los usuarios en generar su propia energía y comercializar sus excedentes sino que dicha norma prevé, en concreto, los fundamentos conceptuales de dicha alternativa.

#### 4.1.3. *La regulación de la autogeneración y la cogeneración*

A todo lo expuesto en el punto anterior debe señalarse que la regulación vigente ya prevé expresamente la figura de la autogeneración, indispensable en una visión que concibe a usuarios capaces de generarse su propio suministro.

En este sentido, el Anexo 12 de Los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios del Mercado Eléctrico Mayorista aprobados la Resolución ex SEE 61/92 y sus modificatorias y complementarias (Los Procedimientos) regula la figura del Autogenerador. En tal sentido lo define como “[...] *un consumidor de electricidad, que genera energía eléctrica como producto secundario, siendo su propósito principal la producción de bienes y/o servicios [...]*”.

Por lo tanto, la regulación específica de la autogeneración resulta aplicable cuando las unidades de generación propia de una industria se interconectan al SADI con el propósito de volcar un excedente de energía al MEM.

El Anexo 12 mencionado prevé en su punto 2 los requisitos que deben acreditarse para la incorporación de un Autogenerador como agente del MEM, entre los que se destacan: (i) vinculación con un punto de intercambio con el SADI; y (ii) potencia instalada no inferior a 1 MW con una disponibilidad media anual no inferior al 50%.

Adicionalmente, existe normativa dictada en forma más reciente que ha comenzado a flexibilizar los requisitos exigidos para ser reconocido como Autogenerador.

Así, la Resolución 269/08 de la Secretaría de Energía ha establecido la figura del Autogenerador Distribuido.

De acuerdo con esta resolución el Autogenerador Distribuido es “[...] *un consumidor de electricidad que además genera energía eléctrica, pero con la particularidad de que sus puntos de consumo y generación se vinculan al SADI en diferentes nodos de conexión.*”

Esta figura no estaba contemplada con anterioridad y su inclusión en la regulación tiene como objeto incentivar a empresas con instalaciones de autogeneración en diversos lugares del país a sumarse al MEM de modo de agregar capacidad de generación disponible.

#### 4.1.4. *La regulación de las energías renovables*

Muchas de las fuentes de energía a partir de las cuales se analizan nuevas modalidades de autogeneración y co-generación son consideradas renovables. Por ello, la regulación de estas energías es de relevancia para un nuevo paradigma.

Al respecto, debe destacarse que la Ley 26.190, publicada el 2 de enero de 2008, ha aprobado el Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía. Esta ley fue posteriormente reglamentada mediante el Decreto 562/09 y las resoluciones 712/09 y 108/11 de la Secretaría de Energía.

Las fuentes de energía renovables contempladas en este régimen son las eólica, solar, geotérmica, mareomotriz, hidráulica (centrales hidroeléctricas de hasta 30 MW de potencia), biomasa, y gases de vertedero, gases de plantas de depuración y biogás.

El objetivo de la Ley 26.190 es lograr una contribución de las fuentes de energía renovables del 8% del consumo de energía eléctrica consumida en el territorio nacional para el año 2016, a tal efecto esta ley ha previsto incentivos fiscales y remuneraciones adicionales para quienes generen a partir de fuentes renovables.

Al momento de finalizar este trabajo se encuentra en tratamiento en el Congreso Nacional un proyecto de ley dirigido a reformar la Ley 26.190.

#### 4.1.5 *Síntesis*

Tanto la Ley 24.065 como las regulaciones introducidas posteriormente ya prevén con claridad todos los elementos que son necesarios para desarrollar una visión del suministro eléctrico con foco en la demanda y donde la autogeneración distribuida y la posibilidad de comercializar sus excedentes sea una realidad. En el punto siguiente se analizan las cuestiones jurídicas que restan ser resueltas a tal fin.

### 4.2. Lineamientos para la regulación de la Autogeneración Distribuida y el Balance Neto

#### 4.2.1. *Aspectos jurisdiccionales*

La Ley 15.336 contiene el deslinde jurisdiccional en materia de regulación de energía eléctrica.

Según los Artículos 1 y 6 de la Ley 15.336, la generación de energía eléctrica, cualquiera

sea su fuente, su transformación y transmisión, es de jurisdicción federal en los casos en que esté destinada al comercio de energía eléctrica interjurisdiccional y cuando en cualquier punto del país integre el SADI.

Se trata de una aplicación concreta del Artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional que prevé, dentro de las atribuciones del Congreso Nacional a la referida a reglar el comercio de las provincias entre sí<sup>14</sup>.

La distribución de energía eléctrica, de conformidad con una interpretación armónica de los Artículos 1, 3 y 6 de la Ley 15.336, está bajo jurisdicción provincial, salvo que la prestación involucre más de una jurisdicción provincial o una ley nacional determine la conveniencia de la prestación unificada en más de una jurisdicción provincial.

En la actualidad, solamente la distribución de energía eléctrica en la Ciudad de Buenos Aires y en el área metropolitana del Gran Buenos Aires, por involucrar más de una jurisdicción, está bajo jurisdicción nacional.

De lo expuesto se sigue que, por aplicación de los principios constitucionales y legales antes reseñados, la cuestión de la autogeneración distribuida, que involucra instalaciones de generación conectadas a nivel de distribución para el autoconsumo que a su vez pueden inyectar la energía excedente a la red, debe estar bajo regulación provincial.

Los Grandes Usuarios que adquieren energía eléctrica directamente a los Generadores y que también la venden a la red cuando actúan como Autogeneradores, intervienen directamente en el Mercado Eléctrico Mayorista a través del SADI, una estructura de interconexión interjurisdiccional sujeta a regulación nacional en virtud de lo previsto en el Artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional y el Artículo 6 de la Ley 15.336.

Pero el Autogenerador Distribuido no participa de esa interconexión interjurisdiccional ni interviene en los intercambios de energía eléctrica que se dan al nivel del MEM.

El usuario que actúa como Autogenerador Distribuido puede realizar dos operaciones, generar la energía eléctrica que consume y con ello disminuir la energía que demanda del Distribuidor o inyectar excedentes a la red, suministrando energía al Distribuidor en el marco del llamado balance neto. Si la energía eléctrica entregada por el Autogenerador Distribuido es remunerada por el Distribuidor, el Autogenerador tiene un crédito contra el Distribuidor que puede ser compensado respecto del crédito que tiene el Distribuidor respecto del

---

<sup>14</sup> Criterio ratificado por la jurisprudencia de la CSJN en “Provincia de Buenos Aires c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires”, 1983, *fallos* 305:1847; “Hidroeléctrica El Chocón S.A. c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/ acción declarativa”, 1997, *fallos* 320:1302; “Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDESUR S.A.) c/ Provincia de Buenos Aires s/ acción declarativa”, 1999, *fallos* 322:2624 y “Provincia de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos) s/ acción declarativa”, 2000, *fallos* 323:3949, entre muchos otros

Autogenerador.

Tales operaciones no involucran en forma directa al SADI y solamente implican una relación entre el Autogenerador Distribuido y el Distribuidor. De ahí que corresponda que dicha relación sea regulada jurídicamente en el nivel provincial, salvo en el caso de la distribución de energía eléctrica en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires, bajo regulación federal por su carácter interjurisdiccional.

En tal sentido, en el derecho provincial argentino debe destacarse el ejemplo de la Provincia de Salta que ha sancionado la Ley 7824 publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el día 28 de julio de 2014 y reglamentada por la Resolución 1315/14 del Ente Regulador de los Servicios Públicos (ENRESP) en su carácter de Autoridad de Aplicación de dicha ley, publicado el 28 de noviembre de 2014. Dichas normas contienen pautas administrativas, técnicas y económicas que regulan la autogeneración distribuida y el balance neto en la Provincia de Salta.

Por su parte, en la Provincia de Santa Fe, la Empresa Provincial de la Energía de dicha provincia (EPE) ha aprobado, por medio de su Resolución 442/13 del 2 de octubre de 2013, el Procedimiento para el tratamiento de solicitudes de generación en isla o en paralelo con la red de la Empresa Provincial de la Energía de Santa Fe. Tal procedimiento contiene estipulaciones técnicas de interconexión de la autogeneración distribuida a la red de dicha empresa provincial.

#### 4.2.2. *Contenido de la regulación*

La regulación no sería estrictamente necesaria si las instalaciones de autogeneración no estuvieran conectadas a la red funcionando en modo disperso, pero su interconexión con el sistema operado por el Distribuidor determina la necesidad de una regulación previa que establezca, como mínimo, los aspectos administrativos, técnicos y de seguridad referidos a la interconexión de las instalaciones.

Otro aspecto que debe ser abordado por la regulación a ser introducida es la situación del Distribuidor que actúe en la jurisdicción respectiva, en caso de que el título que le hubiere asignado el derecho a prestar el servicio le otorgue, como en el caso de las empresas concesionarias del servicio público de distribución de energía eléctrica bajo regulación federal (EDENOR y EDESUR), una exclusividad zonal.

En tal sentido, es especialmente interesante destacar al artículo 3 de los Contratos de Concesión de estas empresas, que estipula que “*LA CONCEDENTE podrá dejar sin efecto la EXCLUSIVIDAD ZONAL o modificar el área dentro de la cual se ejerce, cuando innovaciones tecnológicas conviertan toda o parte de la prestación del servicio público de*

*Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica que reviste hoy la condición de monopolio natural, en un ámbito donde puedan competir otras formas de prestación de tal servicio. La extinción total o parcial del derecho de EXCLUSIVIDAD ZONAL implicará la consecuente extinción total o parcial de la obligación reglada en el Artículo 2º de este Contrato<sup>15</sup> y la pertinente modificación de las cláusulas contractuales, a los efectos de determinar la nueva forma de regulación de la actividad de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica.”*

En el caso de la posibilidad de los Autogeneradores Distribuidos de comercializar los excedentes, cesaría la exclusividad del Distribuidor en materia de comercialización pero no en materia de distribución.

Un aspecto decisivo de la regulación de la Autogeneración Distribuida y del balance neto es la cuestión de cómo retribuye el Distribuidor la energía que le adquiere al Autogenerador. La provisión de incentivos económicos adecuados es central en la posibilidad de expandir la autogeneración distribuida y el balance neto.

En general, dos son los incentivos económicos que un esquema de autogeneración distribuida puede ofrecer a los usuarios: (i) ahorro por energía eléctrica abonada al Distribuidor; y (ii) ingresos por la energía suministrada a la red.

El principal obstáculo en este sentido es que la energía eléctrica es hoy pagada por sus usuarios a un valor sustancialmente menor que su costo<sup>16</sup>. Para abordar este problema es preciso hacer un poco de historia.

Sobre las bases de los principios antes apuntados, el régimen regulatorio de la Ley 24.065 y sus normas reglamentarias (principalmente el Decreto 1398/92 y Los Procedimientos) previeron que la competencia en el segmento de generación se introduciría a partir del reconocimiento a los generadores de un precio único calculado en forma horaria con un criterio de costo marginal de corto plazo “*en base al costo del siguiente MW de demanda a abastecer en el Mercado dentro de las restricciones existentes y los requerimientos de calidad y reserva establecidos*”<sup>17</sup> a partir de la declaración de costos variables de producción de los agentes térmicos y de los valores de agua de los agentes hidráulicos. Este sería el precio *spot*,

---

<sup>15</sup> El artículo 2 de los Contratos de Concesión establece que “*LA CONCESIÓN otorgada implica que LA DISTRIBUIDORA está obligada a atender todo incremento de demanda dentro del AREA concedida, ya sea solicitud de nuevo servicio o aumento de la capacidad de suministro, en las condiciones de calidad especificadas en el Subanexo 4*”.

<sup>16</sup> En este punto se sigue el desarrollo efectuado en el artículo, todavía a publicarse, de Juan Pablo Lahitou y Nicolás Eliashev, “La Nueva Ley de Hidrocarburos y la competencia en los mercados de Electricidad y Gas Natural”, *RADEHM - Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, actualmente en prensa.

<sup>17</sup> Numeral 3 del Anexo V de Los Procedimientos.

concepto que, junto la remuneración fija por la potencia puesta a disposición, integraría la contraprestación de los generadores por su actividad.

Esta modalidad para el cálculo de la remuneración de los generadores se enmarcaba en un claro esquema de regulación por incentivos en donde la oportunidad para maximizar los beneficios la tenían aquellos generadores que instalaran las unidades más eficientes. Se trataba de un esquema en donde el precio tenía la señal básica de determinar los costos que podían ser validados y no al contrario, como en el caso del hoy resurgente sistema de “costo plus” donde el precio se determina a partir de un costo validado por el regulador y una tasa de retorno asociada.

Para los usuarios que adquieren la energía eléctrica del Distribuidor, este efectuaría el *pass-through* mediante el precio estacional. Según el Capítulo 2 de Los Procedimientos: “*Los Precios Estacionales se fijan periódicamente según una tarifa binómica calculada en base a la operación del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM) prevista por el ORGANISMO ENCARGADO DEL DESPACHO (OED), con un precio de la energía que tiene en cuenta el costo marginal probable, y un precio de la potencia por requerimientos de cubrimiento de la demanda, nivel de reserva y otros servicios relacionados con la calidad de la operación del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM).*”

Vale decir que el precio estacional, concepto abonado por los usuarios finales, era calculado según criterios técnicos y económicos, de manera de que el mismo sea representativo del precio *spot*. En este esquema, precio *spot* y precio estacional debían tender a converger y las diferencias ocasionales entre esos conceptos serían arbitradas por el fondo de estabilización administrado por CAMMESA.

En el año 2002 se dictó la Ley 25.561, aún hoy vigente, que congeló y pesificó las tarifas de los servicios públicos. Ello tuvo un impacto inmediato en los precios de la energía, que, en principio, no estaban alcanzados directamente por la Ley de Emergencia Pública. Ello así ya que las autoridades determinaron, tanto una pesificación de todos los conceptos denominados en dólares que integraban la remuneración de los generadores (incluyendo la potencia) y un mantenimiento del precio estacional en su valor nominal en pesos vigente a fines del 2001, con independencia de todo cálculo respecto a su evolución. El congelamiento nominal (pero reducción en términos reales) del precio estacional se mantendría, con algunas excepciones<sup>18</sup> a lo largo de al menos cinco años y sus futuros ajustes no estarían vinculados con un análisis técnico de la evolución de costos, demanda y factores climáticos sino con decisiones

---

<sup>18</sup> Ver, por ejemplo, la Resolución Secretaría de Energía 93/04. Energía eléctrica. B.O. 16/02/2004.

políticas<sup>19</sup>.

La evolución del precio estacional con parámetros distintos a los de la evolución del mercado colisionaría con un costo en ascenso por incremento de costos derivados de factores tan variados como la inflación local, el aumento de la demanda y la mayor utilización de combustibles líquidos ante las restricciones de gas y los consiguientes mayores costos por disminución de eficiencia, complejidad de la logística e incremento del precio del petróleo a nivel mundial en la década pasada).

Hoy ese precio estacional está en un valor que en ocasiones puede representar el 10% o 15% del costo de generación de energía eléctrica<sup>20</sup> y el resto de su costo básicamente asumido vía transferencias del Estado Nacional, que a su turno precisa de una significativa presión tributaria para poder obtener tales recursos.

En estas condiciones, el incentivo económico para dejar de consumir una energía eléctrica provista por la red en valores poco onerosos podría aparecer como débil.

En tal sentido, una de las claves para el desarrollo de la autogeneración distribuida es la recomposición de los precios de la energía eléctrica. Tal medida corresponde a la jurisdicción nacional y no a la provincial.

Por los mismos motivos, remunerar al Autogenerador Distribuido con el valor del precio estacional establecido en ese valor subsidiado tampoco aparece como un incentivo suficiente.

Surge como interesante, en este punto, la solución adoptada por la Provincia de Salta, en donde se remunera al Autogenerador Distribuido con un valor de la energía eléctrica fijado con relación a un Precio Estacional no subsidiado. Ello plantea, asimismo, la cuestión de quién aporta los fondos necesarios para tal remuneración. En el esquema de la Provincia de Salta, dicha remuneración es un costo adicional para el Distribuidor que es trasladado a sus usuarios.

## **5. Conclusión**

El esquema de la Autogeneración Distribuida y Balance Neto que integran un nuevo paradigma de suministro eléctrico es una realidad en el mundo. En la Argentina existen fundamentos constitucionales y normas legales que habilitan su introducción en el país.

Para concretar tal realidad resta que las Provincias sigan el camino de Salta y Santa Fe y

---

<sup>19</sup> Por ejemplo, resoluciones Secretaría de Energía (SE) 1169/08, Mercado Eléctrico Mayorista, B.O. 06/11/2008; SE 652/09, Mercado Eléctrico Mayorista, B.O. 18/08/2009; y SE 1301/11, Mercado Eléctrico Mayorista, B.O. 10/11/2011, entre otras.

<sup>20</sup> Ver las cifras informadas en la página web de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA): <http://portalweb.cammesa.com/default.aspx>

regulen las cuestiones técnicas y administrativas necesarias.

Asimismo, deberá encararse, desde la órbita nacional, el desafío de recomponer el valor del precio de la energía eléctrica de un modo que sea consistente con su real costo y con un uso racional.

De estas maneras podrá comenzar a cumplirse, también en esta órbita con ampliar la esfera de la libertad y asegurar sus beneficios, un objetivo constitucional enunciado en 1853 que debería ser irrenunciable.

**BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO, COMP. *¿USTED TAMBIÉN DOCTOR? COMPLICIDAD DE JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DURANTE LA DICTADURA* (BUENOS AIRES: SIGLO XXI 2015)**

*Claudia Hilb*

El presente texto es la versión apenas modificada de mi intervención oral el día 9 de mayo, en la Feria del Libro edición 2015, en ocasión de la presentación del libro Juan Pablo Bohoslavsky, comp., *¿Usted también Doctor?* (Buenos Aires: Siglo XXI 2015. Participaron asimismo de la mesa Juan Pablo Bohoslavsky, María José Sarrabayrouse Oliveira y Hugo Cañón.

He querido hacer honor, en lo que sigue, al papel que sin duda fui llamada a cumplir, desde el momento en que Juan Pablo Bohoslavsky, conocedor de algunas de las diferencias de apreciación relevantes que nos separan en estos temas, insistió en que participara de la presentación del libro. En consecuencia, mi comentario tiene el propósito de destacar, más allá de los méritos que posea el volumen, los puntos de disenso susceptibles de conducir a un debate.

Diré entonces, para comenzar, que desde el título, el prólogo y la primera página de la introducción, el libro sugiere que de lo que se trata es de ‘ampliar los anillos de responsabilidad’ de modo tal de ‘incorporar la complicidad judicial y legal a la agenda de la justicia transicional’. Yo, por las razones que espero se vayan entendiendo en lo que sigue, le entré con cierta desconfianza a esa declaración de principios. No obstante, al leerlo de punta a cabo, fui advirtiendo que pese a esa primera impresión, el libro no es una exposición monocromática del rol cómplice de “la familia judicial”, para tomar el término de María José Sarrabayrouse, durante la dictadura, y de la necesidad de judicializar esa complicidad; fui descubriendo que si lo leemos dispuestos a interrogarnos a partir de él, encontraremos que en la superposición y la tensión entre sus distintos textos, en el entrecruzamiento o solapamiento de voces y miradas, nos confronta con preguntas que no siempre pueden recibir una respuesta sencilla. Esto es, en la tensión interna de algunos de sus textos, pero también en la clara oposición entre algunos de ellos, el libro va sugiriendo, a veces queriendo y a veces sin querer, que la reflexión sobre el pasado común se va conformando en la superposición de perspectivas

y no admite respuestas fáciles o contundentes. Así, a la ilustración en blanco y negro que hacen algunos textos, de las posturas más fáciles de identificar o de las conductas más fáciles de juzgar, otros textos van sobreimprimiendo una vasta gama de grises que nos obligan, cada vez, a hacernos preguntas complejas: ¿cómo juzgar los diferentes grises? ¿cómo juzgarlos moralmente, cómo juzgarlos políticamente, cómo juzgarlos penalmente? Entonces, primer comentario: creo que uno de los mayores intereses es que el libro confronta, a quien esté dispuesto a escucharlas, con una serie de preguntas que no pueden responderse tan sencillamente –incluso, diré, no tan sencillamente como lo pretenden algunos de los propios autores del libro.

En ese registro, como comentario a mi primero comentario, creo posible identificar en el libro, a grandes trazos, dos formas distintas, a veces compatibles pero a veces no, de plantarse frente al problema que trata. Por un lado, hay una línea de lectura que yo llamaría más analítica, que se propone indagar en las diferentes actitudes con el afán de ampliar la comprensión respecto de cómo actuaron diferentes agentes de la justicia –la Corte Suprema, los jueces, los abogados, los profesores de Derecho. Esa línea se situaría, podríamos decir, en el terreno de los trabajos que –desde diversos ángulos- indagan en el rol de la sociedad civil durante los años 1976-1983. Mencionaría en esa línea a los textos de Filippini<sup>1</sup>, de Gargarella y Bohoslavsky<sup>2</sup>, González Bertomeu<sup>3</sup>, Sarrabayrouse Oliveira<sup>4</sup>, para nombrar algunos. Diría que para quienes yo ubicaría en esa línea, la investigación sobre la actuación de los civiles, o de corporaciones civiles durante la dictadura parece inscribirse esencialmente en la búsqueda por comprender la trama de apoyos, conductas adaptativas y silencios que dieron forma al tejido social de la Argentina 1976-1983. Es decir, son textos que se inscriben en confrontación con las lecturas que oponen una dictadura criminal a una sociedad simplemente víctima de la dictadura, e intentan comprender de qué modo la estabilidad del régimen criminal supuso una cierta aceptación –resignada, cómplice, temerosa o entusiasta- en sectores importantes de la sociedad argentina, en este caso, en la “familia judicial”. Es una lectura que centra su interés

---

<sup>1</sup> Leonardo Filippini, “Juristas y enseñanza del derecho en dictadura y en años posteriores”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 61-74.

<sup>2</sup> Juan P. Bohoslavsky y Roberto Gargarella, “El rol de la Corte Suprema. Aportes repetidos y novedosos”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 77-91.

<sup>3</sup> Juan F. González Bertomeu, “Los doce apóstoles. La Corte Suprema y sus jueces en la dictadura”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 93-125.

<sup>4</sup> Sarrabayrouse Oliveira, María J. “El caso de la Morgue Judicial”, p. 147-162 y “Rupturas, continuidades y lealtades en el Poder Judicial”, p. 181-195-

no tanto en condenar las conductas de colaboración entusiasta o de complicidad criminal manifiesta, o en elogiar las de oposición indudable, sino también, o sobre todo, en dar cuenta de ellas, y de la amplia zona gris que media entre una y otra, a fin de interrogarse sobre las motivaciones y las opciones morales que pueden identificarse detrás de aquellas conductas. Para quienes se sitúan sobre todo en esa perspectiva, creo que lo más importante, para retomar una frase de Hannah Arendt en el prólogo de *Los Orígenes del Totalitarismo*, es comprender “qué sucedió”, “por qué sucedió” y “cómo pudo suceder”.

Junto con esta línea encuentro que hay otros textos, otra línea de lectura, que parece ella sí estar animada por una vocación más directamente punitiva. Esto es, por la vocación de extender la culpabilidad criminal a sectores civiles, y en este caso a los funcionarios del poder judicial que actuaron durante la dictadura -pienso en los artículos de Castro Feijóo y Lanzillotta<sup>5</sup>, de Salinas<sup>6</sup>, Varsky y Balardini<sup>7</sup>, Almqvist<sup>8</sup>, Litvachky<sup>9</sup>, y también en el último texto de Juan Pablo Bohoslavsky<sup>10</sup>, en su contrapunto con Marcelo Alegre<sup>11</sup>. Diría que si para el primer grupo que yo identificaba se trata sobre todo de entender, los que participan de esta segunda línea más bien dan por entendido el asunto, y de lo que se trata sobre todo es de argumentar en favor de la necesidad de juzgar y castigar. Desde mi óptica, esta lectura presenta un problema para quienes nos interesamos en entender qué sucedió y cómo pudo suceder, y ese problema es que, puesto que debido al tiempo transcurrido desde los hechos solo es posible hoy procesar por crímenes de lesa humanidad, esta segunda clave de lectura tiende casi ineluctablemente a borrar las distinciones entre las distintas actitudes de complicidad abierta, de omisión o de adaptación, de manera a empujar la caracterización de

---

<sup>5</sup> Lucía Castro Feijóo y Sofía I. Lanzillotta, “Tipologías de la complicidad y su contracara: la resistencia”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 129-146.

<sup>6</sup> Pablo G. Salinas, “Juicio a los jueces y fiscales de Mendoza”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 197-217.

<sup>7</sup> Lorena Balardini y Carolina Varsky, “El ‘blindaje’ judicial. Obstáculos a la investigación de crímenes de lesa humanidad”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 345-363.

<sup>8</sup> Jessica Almqvist, “Complicidad judicial como cuestión de derecho internacional”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 289-303.

<sup>9</sup> Paula Litvachky, “Las consecuencias jurídicas de la complicidad judicial con el terrorismo de Estado en el derecho argentino”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 305-323.

<sup>10</sup> Juan P. Bohoslavsky, “Prospectivas críticas para la democracia argentina”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 427-429.

<sup>11</sup> Marcelo Alegre, “De la ESMA al INDEC. La justicia frente al poder”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 399-413.

dichas actitudes hacia los términos de los crímenes imprescriptibles. Es decir, es una lectura que a mi entender corre el riesgo de propender a simplificar lo complejo, a eliminar las amplias zonas grises que se extienden desde la oposición o resistencia abierta (casi inexistente) hasta la participación activa (escasamente probada), y que por ende, tiende a dificultar la comprensión de aquello que sucedió, de las diferencias de las acciones y las motivaciones, en aras de la penalización del mayor número posible. El texto de Marcelo Alegre al que me referí recién creo que explicita en buena medida esta preocupación que hago mía. Cierro, entonces, el comentario a mi primer comentario.

El segundo comentario es en realidad un desarrollo del anterior, o sea un segundo comentario al primer comentario, y refiere a cómo pensar, justamente, las fronteras entre actitudes de complicidad activa, de omisión, de adaptación. Probablemente muchos de uds. conozcan el texto de Karl Jaspers, “El problema de la culpa”, en que en que Jaspers distingue cuatro dimensiones de culpabilidad –culpa criminal, culpa política, culpa moral, culpa metafísica. Siguiendo con el clivaje anterior, diré que la lectura del libro me puso, una y otra vez, frente a dos maneras de interrogar la diferencia entre estas formas de culpa, y frente al modo en que podemos abordar la dificultad para trazar los límites claros entre una y otra: por un lado, encontré en el libro diversos textos que se interesan en estas diferencias –en la diferencia entre actitudes comisivas y omisivas, entre reproche moral y reproche legal, entre complicidad y complacencia, entre contribución criminal y acción banal, que se interrogan respecto de la diferencia en moralidad de las acciones, y que por ende impulsan al lector a reflexionar al respecto (pienso en los textos de Filippini, de González Bertomeu, de Sarabayrouse, de Villalta y Regueiro<sup>12</sup>). Allí tengo algunas diferencias o algunas preguntas, por ejemplo sobre la utilización de la idea arendtiana de “banalidad del mal”, pero eventualmente podemos volver sobre esto en el debate. Junto a estos textos, encuentro que otros artículos parecen interesarse en las distinciones sobre todo para negar su pertinencia, para desdibujar las distancias entre ellas, para empujar, por caso, la omisión hacia la complicidad criminal, por convertir a los complacientes en culpables y también, por qué no, a los personajes más afines en héroes sin mácula. Son textos que parecen desinteresarse por las zonas grises, y que tienden a repartir a los actores en zonas blancas del bien absoluto, y zonas negras del mal radical. Al respecto, tengo que admitir que me fastidió bastante que un artículo pueda simultáneamente decir que a Strassera “ya le va a llegar la hora”, por su acción

---

<sup>12</sup> Carla Villalta y Sabina Regueiro, “Una densa trama jurídico-burocrática. El circuito institucional de la apropiación criminal de niños”, en *¿Usted también, Doctor?: Complicidad de jueces, abogados y fiscales durante la dictadura*, ed. Juan P. Bohoslavsky (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 163-179.

como fiscal en un caso de desaparición, mientras coloca a Zaffaroni en el bando de los que resistieron, citando como prueba su acción en un caso de hábeas corpus (que por otra parte tuvo que terminar denegando). Strassera, al bando negro de los criminales, Zaffaroni al bando blanco de los resistentes, cada uno por un solo caso explicitado. Creo que Marcelo Alegre hace bien en recordar que incluso Zaffaroni no puede tampoco escapar completamente a la zona gris de quienes, de una u otra manera, tuvieron que adaptarse a convivir con el régimen criminal, si no estaban dispuestos a convertirse en héroes o mártires, o a exiliarse o pasar a la clandestinidad (Zaffaroni, como todos los jueces nombrados entre el 76 y el 83, juró por los Estatutos del Proceso). Mi segundo comentario, entonces, es en la misma clave que el anterior, que el libro, en sus solapamientos, en sus tensiones internas, hace –una vez más, y que lo quiera o no- que el lector de buena fe esté obligado a hacerse estas preguntas sobre las fronteras entre distintas formas de culpa o de responsabilidad, pero aún así, extrañé un poco que no hubiera una reflexión más intensiva, ya sea desde el punto de vista teórico o en su aplicación a casos, respecto del problema de las fronteras entre culpa criminal y política, y sobre todo, entre estas y culpa moral, como un paso previo para poder pensar cómo juzgar, cada vez, a quienes habitaron la ancha franja que media entre la complicidad criminal evidente de unos pocos, y la resistencia sin mácula de otros.

Decía; para poder pensar cómo juzgar a quienes habitaron esa ancha franja... Lo cual me lleva a mi último comentario, introducido por una nueva distinción. Hace poco me contaron que en el Museo de la Resistencia de Amsterdam, cualquier visitante que entra se ve obligado a ver primero un video. En ese video el visitante es confrontado con situaciones reales que vivieron los habitantes de Amsterdam bajo la ocupación nazi. Y cada vez, ese visitante tiene que responder qué habría hecho él. Las opciones son tres: colaborar, adaptarse o resistir. La pregunta se le repite, durante la visita, en diferentes ocasiones, siempre frente a situaciones reales. Querría proponer un contrapunto entre ambas preguntas, entre la del libro – ¿Ud. también, Doctor?- que además de ser un gran título, fiel a la habilidad tituladora de Siglo XXI, claramente supone un reproche moral, y la del Museo de la Resistencia- que obliga a abandonar la superioridad moral de quien se creería a salvo del reproche –¿Qué habría hecho yo en esa situación? ¿Qué habría hecho, de haber estado en esa situación, de haber sido juez, o secretario o fiscal o abogado? Pongamos que no habría colaborado, que ninguno de nosotros lo habría hecho. Pero... ¿habría resistido o me habría adaptado, o tal vez me habría adaptado tratando de alguna manera de conservar mi integridad moral, como una forma de resistencia? ¿Que habría sido resistir? ¿Renunciar a formar parte de la justicia? ¿Arriesgar la vida

presentando hábeas corpus de desaparecidos, de militantes de montoneros o del erp desaparecidos, por ejemplo? ¿Investigar las desapariciones e insistir de manera consecuente, cada vez, en el pedido de respuesta a los hábeas corpus denegados? ¿Hasta dónde? A ese respecto, debo decir que me llamó la atención que en los pocos artículos que se ocupan de lo que denominan “los que resistieron”, son calificados como tales quiénes, por su acción previa al 24 de marzo de 1976, o bien tuvieron que pasar inmediatamente a la clandestinidad, o exiliarse, o fueron secuestrados en el momento mismo del golpe, o cuando lo fueron más tarde, lo fueron en tanto militantes clandestinos y no en razón del ejercicio de su profesión bajo la dictadura. Esto es, quiénes, por así decir, no tuvieron ni siquiera la opción de resistir en tanto integrantes de la familia judicial. Esos artículos coinciden, de hecho, en que quienes estaban identificados como abogados de la Gremial, o simpatizantes de partidos de izquierda o de organizaciones político-militares, “no podían hacer nada”, como dice Saldivia Menajovsky<sup>13</sup> citando a Eduardo Duhalde. Resistir, entonces, no remite a haber hecho algo –no podían hacer nada- sino en ser antes de marzo de 1976 del bando de los militantes o simpatizantes de organizaciones de izquierda o revolucionarias, o de la Gremial de Abogados. Pero si ellos no podían hacer nada, entonces, nuevamente ¿qué era resistir, dentro de la profesión judicial? ¿a quién le era dada esa opción, siempre dentro de la profesión? Los escasos ejemplos –fuera de los de opositores que como decía, después de marzo de 1976 “no podían hacer nada”- son de acciones de 1982, ya después de Malvinas, o sea en pleno proceso de debilitamiento de la Dictadura, o de acciones que se cuentan con los dedos de una mano, o de actores que me parece muy difícil que puedan escapar a la zona gris de los que, de una u otra manera, también se adaptaron. Se adaptaron en el lenguaje que usaban, en que juraron por los estatutos, en que aplicaron las leyes de la dictadura, en que en última instancia tenían que plegarse a la denegación de los hábeas corpus, en que –si nos atenemos a los textos más duros- brindaron su caución legal al régimen criminal a través del ejercicio de la función judicial. Si entonces aquellos que en el libro aparecen como “los que resistieron” en realidad o bien no pudieron ni siquiera resistir, o bien no pudieron sustraerse del todo a la ancha zona gris que combina adaptación y resistencia puntual, o complicidad moral y búsqueda por escapar a esta, ¿no deberíamos pensar más en profundidad las distinciones (vuelvo a lo que decía antes), las distinciones entre resistentes y complacientes, por ejemplo, o la asociación entre culpabilidad y omisión de actuar? ¿No deberíamos preguntarnos, como lo exige el Museo de la Resistencia, quién de nosotros habría escapado del todo a la adaptación; qué alternativa, otra que el martirologio, había para la resistencia dentro de la profesión jurídica? Las zonas negras de la culpabilidad criminal indudable –el caso Brusa- no presentan mayores

dificultades; pero ¿no deberíamos preguntarnos cómo juzgar, sin complacencia moral pero con seriedad y honestidad, las gradaciones cromáticas que separan esa amplia zona gris que se extiende entre los pocos casos de culpabilidad criminal indudable –Brusa-, y los pocos casos, si es que los hay, de resistencia sin grises? ¿Qué otra opción de resistencia pura, de conducta puramente blanca, que no fuera el martirologio, podemos imaginar, en aquellos que –por no estar obligados a la clandestinidad o el exilio- tuvieron la posibilidad de verse confrontados con este dilema moral?

Quiero terminar diciendo que –si leemos el libro con la suficiente apertura a la interrogación- las tensiones en su interior, las diferencias entre las dos miradas, tal vez pueda hacer las veces para nosotros del desafío al que nos somete el Museo de la Resistencia de Amsterdam. Porque sin duda no habríamos sido Brusa, ni habríamos celebrado el Terror de Estado, ni habríamos aceptado formar parte de la Corte Suprema designada por la Dictadura. Pero no es lo mismo haber torturado que haber cerrado cobardemente los ojos. No es lo mismo justificar la tortura y la desaparición que intentar justificar la propia cobardía o asumir el propio temor. No es lo mismo haber aceptado integrar la Corte Suprema que haberse resignado a jurar por los Estatutos del Proceso. No es lo mismo haber visitado los campos de exterminio, ni haber participado de asados de confraternidad con los altos rangos militares, ni haber hecho pagar las costas a los familiares, que haberse negado por miedo a presentar el hábeas corpus de un amigo desaparecido. Tiendo a creer que la comprensión cabal de las complicidades y complacencias civiles no puede ahorrarse la interrogación sobre las opciones a las que se enfrentaron los actores, aquellos que no deseaban ser cómplices pero tampoco estaban dispuestos a convertirse en héroes o mártires (dicho sea de paso, me extrañó la casi ausencia del miedo en los análisis de las actitudes, salvo en una mención en Sarrabayrouse, y en los textos dedicados a “los que resistieron”). Me parece muy importante que, en la actualidad, se amplíe la mirada sobre los años setenta, y en ese sentido, celebro la aparición de este libro. Pero tengo cierto resquemor frente a la tendencia a juzgar con demasiada seguridad moral, y con demasiado entusiasmo punitivo la acción de quienes formaron parte de aquella amplia zona gris, repartiendo culpas y absoluciones que muchas veces no son sino la capa superficial de nuestras opciones políticas; desconfío de quienes, bajo el paraguas de la ampliación, solo buscan ratificar sus certezas sobre buenos y malos, culpables e inocentes, en lugar de buscar hacerse nuevas preguntas sobre el bien y sobre el mal, sobre las luces y sombras de la culpabilidad y la inocencia –y aquí, el libro me deja con sensaciones encontradas. Terminaré diciendo que, por mi parte, entiendo que la ampliación de la mirada

sobre los setenta, sobre la responsabilidad de los distintos actores, debería anteponer la formulación de preguntas a la convalidación de certezas, la comprensión del “cómo pudo suceder” al entusiasmo punitivo. Del cómo pudo suceder que personas normales cometieran actos bestiales; que hombres aparentemente probos avalaran, desde sus lugares institucionales, con su complicidad o su silencio, la realización del exterminio de quienes eran designados como enemigos por la Junta, que gente común mirara hacia otro lado y dijera “algo habrán hecho”, como si el “haber hecho algo” pudiera justificar el secuestro y la desaparición. En ese “cómo pudo suceder” no solo encontramos claroscuros morales, políticos y jurídicos entre quienes avalaron o toleraron, por connivencia o por miedo, la barbarie dictatorial. La ampliación de la mirada sobre los setenta, concluyo, si me permiten, con una apreciación personal que escapa a los alcances de este libro, debe en mi óptica estar guiada no solo por la voluntad de ampliar la responsabilidad de quienes comulgaban con los fines de la Dictadura, o de quienes se adaptaron al estado de cosas, sino que debe también estar dispuesta a interrogar la responsabilidad de quienes participamos entonces de organizaciones que declamaban y ejercían la violencia como medio para la acción política, y que contribuyeron o contribuimos, por nuestra acción, a la depreciación de la democracia y de la ley, y a que, cuando se desencadenó el Terror criminal del régimen militar, gran parte de la sociedad civil estuviera dispuesta a taparse los ojos, los oídos y la boca. También nosotros, en esta ampliación de la mirada, debemos interrogarnos sobre nuestra responsabilidad moral y política. Yo, que a los 20 años, siendo estudiante de Derecho, fui militante de una organización que practicó la violencia en democracia, no puedo exonerarme de toda responsabilidad y preguntar sin más, tan suelta de cuerpo, “¿Ud. también, Doctor?”. La última palabra será para Jaspers: “la comisión de pequeños pero numerosos actos de negligencia, de cómoda adaptación, de fútil justificación de lo injusto; la participación de la atmósfera pública que propaga la confusión y que, como tal, hace posible la maldad, todo esto tiene consecuencias que condicionan la culpa política por los estados de cosas y los acontecimientos”

**KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. *JUSTICIA RESTAURATIVA. POSIBLE RESPUESTA PARA EL DELITO COMETIDO POR PERSONAS MENORES DE EDAD* (BUENOS AIRES: RUBINZAL-CULZONI, 2004)**

*Katia Yanina Schilman<sup>1</sup>*

Las normas constitucionales e internacionales de Derechos Humanos que conforman el plexo normativo de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>2</sup> imponen los estándares mínimos que deben ser observados por el Estado, en caso de decidir perseguir penalmente a una niña, niño o adolescente (en adelante NNYA).

Así, de acuerdo con el derecho internacional, es necesario un Sistema de Justicia Juvenil que asegure no solo el respeto por las distintas garantías constitucionales requeridas en un Estado de Derecho para el juzgamiento penal de toda persona —v. gr. presunción de inocencia, defensa en juicio, plazo razonable—, sino también una protección especial para los NNYA en razón de su edad y etapa de desarrollo, conforme surge de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN).

Dicho instrumento, en sus arts. 37 y 40, al describir los derechos de todo niño de quien se alegue haber infringido las leyes penales, proporciona lo que Hermida Sanz, en *El nuevo proceso penal del menor*, describe como “[...] las ‘4 D’ típicas de la Justicia Restaurativa:

---

<sup>1</sup> Abogada, Especialista en Organizaciones Sin Fines de Lucro de la Universidad de San Andrés. Actualmente se desempeña como Prosecretaria coadyuvante de la Asesoría Tutelar de 1ª instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1 de la CABA y como voluntaria en la clínica penal juvenil de la Fundación Sur Argentina.

<sup>2</sup> El paradigma o doctrina de la protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes se inaugura con la Convención sobre los Derechos del Niño y refiere a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia. Para más detalles véase Emilio García Méndez, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998).

desjudicialización, desincriminalización, desinstitucionalización y *due process* (debido proceso)”, tal como referencia la autora<sup>3</sup>.

Pues bien, a pesar del avance normativo a nivel internacional y de su incorporación constitucional (art. 75 inc 22, CN), en Argentina se da la paradójica situación de que la vigencia de la ley 22.278 —sancionada durante la última dictadura militar— y la correspondiente faz tutelar<sup>4</sup> del procedimiento especial para “menores” previsto en el Código Procesal Penal de la Nación (art. 412, CPPN), dificultan la tarea de adecuar las respuestas que las agencias penales brindan a los NNYA que transitan por el sistema penal, a los estándares arriba enunciados. Por ello, si bien el libro *Justicia Restaurativa* de Aida Kemelmajer de Carlucci fue editado en el año 2004, debido a la persistencia de la contradicción normativa, las observaciones de la obra mantienen plena vigencia en la actualidad.

La elección de esta obra se funda, también, en la riqueza que aporta la sistematización elaborada por la autora de las experiencias en otros países, que permiten obtener una visión esclarecedora de la situación de los NNYA protagonistas de conflictos jurídicos penales, tanto en Latinoamérica como en múltiples países de diversas culturas. A su vez, este trabajo brinda nuevos elementos a la discusión sobre el modo jurídico de otorgar respuestas no punitivas a algunos conflictos que involucran a los jóvenes. Tales elementos podrían resultar sumamente interesantes para quienes, de forma cotidiana, nos desempeñamos en el ámbito judicial, ya que desde allí se ofrecen/ofrecemos vías alternativas de resolución del conflicto —a fin de evitar las consecuencias gravosas e intrínsecas que el paso por las instancias de control social formal (comisaría, fiscalía, juzgados) producen sobre los NNYA—

Réstame aclarar respecto de la información de Argentina brindada en esta obra que, luego de su edición, se han sancionado importantes leyes en materia de protección de los derechos de la infancia que modifican ostensiblemente el marco normativo de reconocimiento de derechos de los jóvenes infractores, por lo que deberán ser consideradas para su necesaria actualización —pese a que la contradicción normativa arriba enunciada por la vigencia de la ley 22.278 aún persiste— A título ejemplificativo, a nivel nacional, cabe mencionar la ley 26.061 de “Protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”, que en su art. 76 deroga la ley nacional 10.903 de “Patronato de Menores”, y la ley 26.579, que establece la

<sup>3</sup> Aida Kemelmajer de Carlucci, *Justicia Restaurativa*. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad (Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni, 2004), p. 131.

<sup>4</sup> Mary Beloff, “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”, *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 1 (2005).

edad de 18 años para la mayoría de edad. En igual sentido, a nivel provincial, la ley 13.634 de la Provincia de Buenos Aires, y, localmente, la ley 2.451 de la CABA, regulan el régimen procesal penal juvenil.

La Justicia Restaurativa<sup>5</sup> (en adelante JR) fomenta una concepción distinta del derecho penal juvenil a través de la incorporación de una variedad de prácticas que contemplen a la víctima, al autor e incluso a la comunidad, lo que supera la lógica de intervención tutelar que persiste en las prácticas de los operadores judiciales y policiales a nivel nacional.

La obra se divide en cinco capítulos. Los primeros dos se dedican a la teoría y se comienza por un recorrido de los modelos tradicionales de justicia penal juvenil mediante la explicación de su nacimiento, desarrollo y problemas generados, para luego adentrarse en el concepto de JR. En los capítulos tres y cuatro, se abordan los diversos programas existentes de JR y las experiencias internacionales, para finalizar luego con las conclusiones.

La autora comienza el primer capítulo exponiendo la crisis de la justicia y la consecuente necesidad de cambio. Sostiene que, tal como manifiesta Mónica Vázquez Larsson en *La Mediación Penal*, una vez cometido un delito lo deseable sería una reacción estatal inmediata, oportuna, proporcionada, garantista, responsabilizadora, educadora, provisional, modificable y de intervención mínima<sup>6</sup>. Sin embargo, afirma que esta respuesta está lejos de la realidad y que, si bien la crisis es atribuible a la administración de justicia en general, específicamente la justicia de NNYA no escapa a esta polémica.

En lo que respecta a las causas centrales de la crisis del sistema judicial penal juvenil, la autora apunta, en primer lugar, al perfil requerido del juez de niños y adolescentes y, en segundo lugar, a los demás operadores judiciales. Sostiene que la CDN exige un juez con formación específica en materia de derechos de los NNYA y que dicho requerimiento es extensible a todos los operadores (defensores, fiscales, policías, etc.) que conformen el sistema. Sobre ello, la autora cita ejemplos de mecanismos de designación y asignación de funciones en países como Estados Unidos, Francia y Uruguay, de cuyas experiencias se

---

<sup>5</sup> A pesar de la confusión terminológica y conceptual reflejada en la variedad de términos utilizados (justicia positiva, pacificadora, reparativa, restauradora), para la autora es el término más ajustado ya que comprende a la víctima, al autor y a la comunidad. Véase en Kemelmajer de Carlucci, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, p. 107

<sup>6</sup> Salvador Puentes Guerrero, “La protección de los derechos del niño. ¿Hay lugar para la mediación?” (ponencia en Primer Seminario Internacional en Minoridad y Familia, Mendoza, 2001). Véase también en Kemelmajer de Carlucci, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, p. 34.

desprende la impopularidad del cargo en algunos casos y la completa inadecuación al ideal planteado, en otros<sup>7</sup>.

Asimismo, repasa las razones que justificaron la creación de los tribunales penales de niños y adolescentes en Estados Unidos y, posteriormente en el resto de los países, destacando (I) la idea diversificadora de que los NNYA no fuesen juzgados por leyes o tribunales de adultos, ni cumplieran penas en las mismas prisiones y (II) la idea intervencionista concretada a través de programas que pretendían ayudar a “salvar” del delito a los NNYA. Seguidamente, la autora destaca las múltiples dificultades que la sistematización de los modelos presentan y describe en primer lugar el modelo de protección o tutelar que imperó en el nacimiento de los tribunales penales juveniles, para luego explicar/describir el de responsabilidad, caracterizado por la primacía otorgada a las garantías constitucionales en el proceso. Este capítulo reviste gran interés para un lector ajeno al tema, ya que permite genéricamente introducirse en la temática de la infancia, contando con una extensa cantidad de citas bibliográficas para acceder a distintas fuentes ante la necesidad de profundizar sobre los diferentes temas tratados.

En el Capítulo II, Kemelmajer de Carlucci describe a la Justicia Restaurativa como una variedad de prácticas destinadas a responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional. Resume el modelo con “las tres R”: responsabilidad (del autor, que debe responder por su conducta), restauración (de la víctima, que debe ser reparada para salir de su posición de víctima) y reintegración (del infractor, para restablecer los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito).

Para una acabada comprensión del significado de la JR es interesante destacar la enumeración de los intereses amparados por esta, en cuanto a que no solo está orientada — prioritariamente— a la satisfacción de las necesidades de la víctima, sino que también contempla, entre otras finalidades, la disminución de la población carcelaria, considerando la lesividad de la privación de libertad para los derechos de los NNYA.

Se analiza también el rol de los distintos actores dentro del conflicto, tales como el Ministerio Público, policía, equipos interdisciplinarios, facilitadores, voluntariado y otros

---

<sup>7</sup> Cita un ejemplo de Estados Unidos en donde la designación como juez de NNYA es una suerte de penalidad contra un juez que ha tomado decisiones impopulares en tribunales de adultos o se ha mostrado como un juez incompetente. Véase en Kemelmajer de Carlucci, Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad, p. 28.

servicios a disposición del tribunal, como una visión más holística de la JR que incluye y asigna funciones también a estos.

Realiza una consideración importante sobre el hecho de que los métodos alternativos de resolución de conflictos no son “inmunes” a la violación de Derechos Humanos, y que los derechos fundamentales del proceso penal (presunción de inocencia, derecho a la defensa plena, a que se indique cuál es la prueba de la que debe defenderse, etc.) también deben respetarse en el marco de la JR<sup>8</sup>. El capítulo finaliza con un planteo más que interesante vinculado a la posibilidad práctica y concreta de integrar la JR al sistema de justicia tradicional, enumerando una diversidad de propuestas cuyo entendimiento se ve favorecido por el desarrollo del capítulo IV sobre experiencias de su implementación en otros países.

En el capítulo III aborda los programas de JR al señalar primero las pautas generales aceptadas por la mayoría de operadores que propician sus valores fundamentales. Destaca, en primer lugar, que no hay un modelo único a través del cual la JR intenta resolver el conflicto, y que es indispensable la mejor voluntad de las partes —ya que estos programas solo pueden ser usados si estas se han sometido libremente a ellos. También se debe considerar que el resultado debe ser razonable y proporcional a la responsabilidad de los involucrados y, finalmente, que se pueda recurrir a estos mecanismos en cualquier etapa del proceso, incluso después de la sentencia.

Así, analiza los programas más frecuentes de JR —como la mediación entre víctima y ofensor— y aclara que el proceso de mediación penal juvenil se caracteriza por permitir a la parte lesionada expresar su punto de vista y al autor del ilícito la de asumirse en su propia responsabilidad y la reparación por el daño cometido. A diferencia de otros tipos de mediación, lo importante no es ya el acuerdo al que se arriba, sino que la discusión recae sobre el impacto total que el conflicto genera en la vida de las partes. Explica, también, que el programa se compone de reuniones que pueden ser descritas como la deliberación entre las redes o grupos de trabajo del ofensor y de la víctima.

Finalmente, menciona el programa de círculos, aclarando que existen diversos tipos que difieren en sus propósitos, tanto en los sujetos participantes y en el rol que cumplen. Señala

---

<sup>8</sup> A título ejemplificativo, la autora cita una reunión restauradora en la que se corre el riesgo de convertirse en una reunión punitiva en el marco del pánico moral de una comunidad luego de una serie de crímenes aterradoros. Véase en Kemelmajer de Carlucci, *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, p. 197.

que normalmente se habla de una preocupación común a todas las partes (por ej. mujeres que han sido víctimas de abuso sexual), que pueden también ser grupos de apoyo para ayudar a alguien (como grupos que apoyan a las víctimas o a los que han sido condenados) y luego describe los casos más difundidos de *healing circles* (círculos sanadores) y *sentencing circles* (sentenciar con el grupo).

Como se ha anticipado, el capítulo IV refiere a la experiencia de la JR en diversos países, entre las cuales cabe destacar, por sus buenos resultados, la de la aplicación de la mediación víctima-ofensor en Austria y la implementación de la reunión del grupo familiar en Nueva Zelanda. Lamentablemente, debido a la falta de información acerca de la implementación de programas de JR para los países latinoamericanos, la autora se limitó a transcribir la normativa aplicable.

Luego, en el último capítulo, se exponen conclusiones y propuestas provisorias para la implementación local de la JR a modo de punteo, algunas de las cuales deberían destacarse por la claridad que aportan al significado de JR y su posible puesta en funcionamiento. En este sentido, la autora señala que la JR no significa convertir el proceso penal en un proceso sin garantías sino que se busca un cambio de mentalidad; no se trata simplemente de un nuevo programa o técnica, sino que es aún más ambicioso. Aclara también que la reflexión no debe ser aislada sino que el debate debe darse dentro del Poder Judicial, en los otros poderes del Estado, en la Universidad y más extensamente en la opinión pública. Esta propuesta no significa ni pretende solucionar todos los problemas y, a su vez, admite y requiere monitoreo permanente, flexibilidad de los programas y constante experimentación, por lo que debe considerarse siempre esencial la existencia de una red social que ayude al joven infractor.

A modo de reflexión, considero que la obra cumple acabadamente con los fines propuestos, ya que aún no siendo la autora especialista en el tema (tal como ella reconoce en el prólogo), la rigurosidad de la investigación llevada a cabo hace honor a su reconocimiento como jurista. De este modo, el recorrido de la obra permite la comprensión de la complejidad que atañe a la cuestión de la infancia así como también las posibles vías alternativas para abordar los conflictos jurídicos penales de los NNYA.

A su vez, pese a la incorporación de la mediación penal juvenil o la remisión como métodos de resolución alternativos de conflictos en algunas legislaciones provinciales con posterioridad a la edición del presente libro, escasean las investigaciones relativas al encuadre

de estos procedimientos dentro de la JR, su impacto, evaluaciones de experiencias de los participantes, la tasa de reincidencia, la cantidad de casos de acuerdos, entre otras variables, por lo que nuevamente se destaca la gran utilidad de la presente obra.

A modo de conclusión, comparto con la autora sobre lo que respecta al resultado negativo de la estandarización de soluciones para situaciones estereotipadas y tipificadas propias del sistema judicial y del sistema normativo penal, cuando se ven involucrados NNYA infractores. Toda vez que se encuentran en un proceso de crecimiento y formación, coincido con la necesidad de soluciones particularizadas. Por lo tanto, entiendo que es importante considerar la propuesta global de la obra con respecto a la incorporación de la JR como un abordaje superador del problema desde una nueva perspectiva.

**Rescensión bibliográfica a Julio César Rivera (h), José Sebastián Elías, Lucas Sebastián Grosman y Santiago Legarre (dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, (Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2014), 3 tomos.**

*Fernando M. Toller\**

El *Tratado de los Derechos Constitucionales*, dirigido por los profesores Julio Rivera (h.), Sebastián Elías, Lucas Grosman y Santiago Legarre, es un trabajo que por varios motivos merece ser calificado de obra llamada a hacer historia.

El libro, dividido en tres volúmenes que orillan las cuatro mil páginas, donde han escrito unos cien cultores del Derecho Constitucional, ha significado una tarea magistral en su diseño e ímproba en su ejecución a lo largo de los varios años de su confección. En tal ejecución se dejó ver la paciencia y buen hacer de quien ofició de coordinadora del *Tratado*, la profesora Delfina Beguerie.

*Melior est finis negotii quam principium*, es mejor concluir algo que comenzar, dice la sabiduría hebrea<sup>1</sup>. Muchos quieren empezar, pero pocos terminan, porque en definitiva es cierto que sólo se hace aquello en lo que se logra focalizar. Esto, acometiendo una tarea ciclópea, es lo que han hecho los cuatro directores, siguiendo los temas y a los distintos autores, sugiriendo mejoras y corrigiendo los originales, y el resultado que han obtenido es digno del mejor elogio.

Todo esto es un primer punto a destacar.

Ingresando al contenido de la obra, hay que subrayar en segundo lugar que la misma está concebida, como indica su título, como obra sistemática, como *Institutas*, y no como glosa o comentario exegético. Esto es bueno, en primer lugar porque, sin quitar el mérito que tienen obras como los célebres *Kommentar zum Grundgesetz* alemanes, el abordaje metodológico adoptado es mejor científicamente. Además, la Constitución argentina no es la más amigable para ser tratada artículo por artículo, pues hay temas aquí y allá que se entrelazan con gran

---

\* Abogado, UCA; Doctor en Derecho, Universidad de Navarra; Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad Austral; Visiting Scholar, Stanford Law School.

<sup>1</sup> *Eclesiastés* 7, 8.

facilidad, y una visión unitaria de los temas supera la dispersión a que por fuerza condena todo estudio que comente secuencialmente las normas.

La metodología sistemática seguida por el *Tratado* sin dudas implicó todo un desafío, pues siempre es más sencillo distribuir los distintos preceptos de un cuerpo normativo, que armar toda una estructura dogmática de temas, y distribuirla sabiamente en un índice, y repartir su redacción adecuadamente entre los autores.

Un segundo elemento a recalcar, que se sigue en parte del anterior es precisamente que se trata de un “tratado” de Derecho Constitucional. En Argentina existen muy buenos trabajos a la manera de los glosadores y postglosadores, como los cinco tomos de Miguel Ángel Ekmekdjian<sup>2</sup> o el excelente comentario, ya en varias ediciones, de María Angélica Gelli<sup>3</sup>. Pero en Derecho Constitucional se echaba en falta la visión de los tratados, como el reciente de Gregorio Badeni<sup>4</sup>. Esta carencia se ha dejado notar especialmente en materia de derechos humanos y derechos fundamentales, área donde el *Tratado* que se comenta es la primera obra en el país.

En el país han habido y hay excelentes tratados, desde hace décadas, en muchas ramas del Derecho, que han estado a la altura de los mejores expositores alemanes, italianos, franceses o españoles. Así, hay monumentos jurídicos en Derecho Civil, desde Raymundo Salvat y Héctor Lafaille a Jorge Joaquín Llambías, Guillermo A. Borda y tantos autores contemporáneos; existen obras magistrales en Derecho Administrativo, como los tratados de Rafael Bielsa, Miguel Mariehoff, Benjamín Villegas Basavilbaso, Manuel Diez y tantos otros, y más recientemente Agustín Gordillo y Rodolfo C. Barra; otro tanto ocurre por ejemplo en Derecho Procesal, con las obras de Hugo Alsina y Lino Palacios, y ahora de Enrique Falcón o Roberto Berizonce, entre varios autores, o en Derecho Penal, con Sebastián Soler, Luis Jiménez de Asúa, Ricardo Núñez, Carlos Fontán Balestra, Eugenio R. Zaffaroni, entre otros. Y podríamos seguir. Pero esto no ocurrió en Derecho Constitucional, con las excepciones del extenso *Tratado* de Linares Quintana<sup>5</sup> y de los cuatro tomos de Bidart Campos de los años '60<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Miguel Ángel Ekmekdjian, *Tratado de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Depalma, 1995; 2ª ed., 2000), 5 vols.

<sup>3</sup> María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada* (Buenos Aires: La Ley, 2001; 4ª ed., 2008, reimpr. 2011), 2 vols.

<sup>4</sup> Gregorio Badeni, *Tratado de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: La Ley, 2004; 3ª ed., 2010), 3 vols.

<sup>5</sup> Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Alfa, 1953; 2ª ed., Buenos Aires: Plus Ultra, 1978), 9 vols.

<sup>6</sup> Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Ediar, 1966); *El Derecho Constitucional del Poder* (Buenos Aires: Ediar, 1967), 2 vols.

¿Qué razones llevaron a lo anterior? Alguna vez un Juez de la Corte Suprema, aventurando una razón, me comentó que le parecía que los sucesivos cortes de la continuidad institucional del país quizás llevaron a que el Derecho Constitucional fuera menos trabajado científicamente, menos “tratado”. Es plausible. Algo similar ocurrió en España, y es posible que esto mismo se hubiera producido en Argentina. Otra razón podría encontrarse en que en Derecho Constitucional los “artículos del código”, por decirlo de alguna manera, son en especial los fallos de la Corte Suprema, y, en buena medida, de otros tribunales, sin descuidar en la actualidad a los tribunales internacionales. La gran cantidad de temas que despliega el Derecho Constitucional se ve así multiplicado en 360 grados por ese caleidoscopio de decisiones, por definición complejas, y con frecuencia no coincidentes, que dificultan la explicación de esta rama del Derecho, así como la comprensión de razonamientos con categorías que a veces se vuelven abstractas, o elusivas.

Como tercer mojón de esta obra debe acentuarse algo implícito en lo expuesto: que, dentro de las obras sistemáticas, se trata de un “tratado” y no de una obra para el uso universitario. Lo segundo es importante, y en el país afortunadamente hemos contado con libros excelentes de ese tipo, desde el *Manual* de Joaquín V. González<sup>7</sup>, a las distintas versiones del *Manual* de Bidart Campos<sup>8</sup>, los *Elementos* y el *Manual* de Néstor Sagüés<sup>9</sup>, y varios otros en la actualidad. En el caso que nos ocupa estamos ante una obra que hace pleno honor a su nombre, pues su índice despliega o “trata” todo el entramado de la problemática de los derechos y garantías, y los distintos tópicos que aborda resultan “tratados” o expuestos con profundidad y largueza.

Es decir, la obra está hilvanada a partir de trabajos reposados, que, además de regalar el aporte de aquél que escribe en cada caso, su visión de los temas, sus intuiciones y sus sugerencias, revelan el enorme esfuerzo de los autores por comprender los temas, por escudriñar la jurisprudencia, la doctrina, el Derecho comparado... Así, la acribia científica puede verse en todas las partes de la obra, ya que los trabajos están cuajados de notas al pie de página, con un aparato bibliográfico y científico de apoyo que supera largamente los varios millares de referencias, y que en multitud de apartados sobrepasa las cien notas al pie, llegando en algunos incluso a más de trescientas llamadas.

---

<sup>7</sup> Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)* (Buenos Aires: Estrada, 1897; actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Buenos Aires: La Ley, 2001).

<sup>8</sup> Germán J. Bidart Campos, *Manual de Derecho Constitucional Argentino* (Buenos Aires: Ediar, 1972, con reediciones); los primeros volúmenes de su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Buenos Aires: Ediar, 1986; última edición 1999-2000), que llegó a siete tomos; y *Manual de la Constitución Reformada* (Buenos Aires: Ediar, 2008), 3 vols.

<sup>9</sup> Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1993), 2 vols.; *Manual de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2012, 2ª ed.).

Esta abundancia de notas científicas puede arrancar una sonrisa al no jurista, pero el hombre de leyes sabe que “el estudio del Derecho es un estudio de libros”, como decía d’Ors<sup>10</sup>. En esta misma línea, Langdell, el famoso Decano de la Harvard Law School, en un discurso dado en 1886 con motivo de la celebración del 250 aniversario de la fundación del Harvard College, hizo la siguiente afirmación, que, más allá de su tono hiperbólico, devino célebre:

“[E]l derecho es una ciencia, y todos los materiales disponibles de esa ciencia están contenidos en libros impresos [...]. [L]a biblioteca es el taller adecuado tanto de los profesores como de los estudiantes; [...] es para todos nosotros lo que los laboratorios de la universidad son a los químicos y físicos, el museo de historia natural a los zoólogos, el jardín botánico a los botánicos”<sup>11</sup>.

Más allá de los matices que podrían hacerse a los asertos de Langdell y de d’Ors, lo cierto es que una de las materias primas principales de la tarea de los hombres de Derecho son los libros de doctrina, los artículos de revistas, las sentencias publicadas en los repertorios y las normas recogidas en los anales y digestos. En consecuencia, del correcto tratamiento de esas fuentes trascendentales de los trabajos jurídicos deriva en buena parte la calidad del escrito que se realiza. Por eso las fuentes son tan importantes en el mundo del Derecho, y se agradece que los autores de este *Tratado* hayan sido tan prolijos en el estudio de los temas y en la relación de cada autoridad, disposición, sentencia, en la que han basado sus ideas, o que han estudiado para rebatir sus conclusiones.

Un cuarto elemento a enfatizar en este *Tratado* es que, como se dijo, en el mismo han escrito unos cien autores. Dejando a un lado la participación de quien esto escribe, para que esta reseña no implique estar incurso en las generales de la ley, es de justicia mencionar que al revisar el índice puede comprobarse que se trata de un elenco de constitucionalistas formidables, que aúna a escritores con extensa trayectoria, junto a jóvenes valores del Derecho argentino, que han aportado piezas excelentes al *Tratado*.

Naturalmente, esta multiplicidad de autores lleva a que la obra, si bien de metodología sistemática, como se expuso, no es un libro completamente unívoco en sus abordajes y doctrinas. La cantidad de autores y la lista de sus nombres, demasiado extensa para exponerla aquí, da una idea de la variedad filosófica y jurídica, junto a la diversidad de estilos, que puede allí encontrarse.

Sin embargo, este elemento de diversidad de aproximaciones, junto a la extensión de la obra, que podrían conspirar para algunos usos como material docente, pueden por otra parte

<sup>10</sup> Álvaro d’Ors, *Una introducción al estudio del Derecho* (Madrid: Rialp, 1963), 9.

<sup>11</sup> Christopher Columbus Langdell, “Harvard Celebration Speech”, *Law Quarterly Review* 3 (1887): 123; 124.

constituir un enorme capital y ventaja del trabajo, ya que brinda perspectivas detenidas sobre innúmeras cuestiones concretas, específicas, con tratamientos que no suelen encontrarse en otro tipo de obras panorámicas. Todo esto puede ser muy provechoso, empezando por los alumnos de grado y de posgrado, y desde luego, constituye definitivamente un punto de enorme valor para investigadores, legisladores, jueces, abogados del estado, profesionales liberales, y para todo aquel interesado en la problemática constitucional de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano.

En quinto lugar conviene detenerse en un punto hasta ahora apenas mencionado, notablemente central en este *Tratado*: no estamos ante un tratado de Derecho Constitucional en general, sino ante un *Tratado de los Derechos Constitucionales*.

Esto hubiera sido extraño hace siglo y medio, y también unas décadas atrás. Si se repara, por ejemplo, en el tratado de Willoughby, *The Constitutional Law of the United States*<sup>12</sup>, se verá lo siguiente: de sus tres gruesos volúmenes se dedica el tomo I a tratar los poderes del gobierno; en el tomo II se hace lo mismo. ¿Y en el tomo III? Ahí se continúa con la misma problemática, y recién dedica la parte final de ese volumen, una quinta parte del mismo, a tratar de los derechos y libertades.

Otro tanto ocurre con el quizás primer trabajo sistemático de Derecho Constitucional en Estados Unidos y el libro jurídico más leído y citado de su tiempo en ese país. Se alude al conocido tratado de Cooley, *Constitutional Limitations*<sup>13</sup>. En efecto, en las ediciones publicadas en vida de su autor se encuentran pocas páginas sobre las libertades, y sobran los dedos de las manos, por ejemplo, para contar las páginas dedicadas a la libertad de prensa.

No hemos sido ajenos aquí a este fenómeno de un tratamiento más ligero de los derechos y libertades con respecto al que se brindaba a la estructura del poder. Valga al respecto mencionar como ejemplo un clásico. El conocido *Manual* de Joaquín V. González, ya citado, dedica menos de un quinto de su texto a los derechos y garantías; en el mismo, la libertad de imprenta sólo merece una página y media de tratamiento.

En muchos manuales y tratados actuales de nuestro país esa proporción mejoró, pero se sigue dando un espacio mayor, en general de unos dos tercios, a la parte orgánica, y se estudia con menor relevancia a los derechos y libertades. Esto es desafortunado, porque la complejidad de estos temas, su relevancia para la construcción de una sociedad respetuosa de

---

<sup>12</sup> Westel Woodbury Willoughby, *The Constitutional Law of the United States* (New York: Baker, Voorhis and Co., 1910; 3<sup>rd</sup> ed., 1937), 3 vols.

<sup>13</sup> Thomas M. Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power for the States of American Union* (Boston: Little, Brown, and Company, 1868; 8<sup>th</sup> ed., por Walter Carrington, 1927, 2 vols.).

la dignidad del hombre, y lo menos asentado que está este ámbito del Derecho tanto entre la población, como en la práctica jurídica, lo harían acreedor de un tratamiento más detenido.

Debe observarse, por otra parte, en que para el ciudadano de la calle, de alguna manera, importa mucho más su libertad de expresión, o su libertad de circulación, o su derecho a educarse, a opinar, a defender su propiedad, a prevenir daños a su integridad física, a exigir el conocimiento de los datos que otros tienen del mismo y pedir su rectificación o supresión, etc., que el sistema de jefatura de gabinete, el régimen de los refrendos de los decretos, o la titularidad de una banca en el congreso, aún sabiendo su enorme importancia para el funcionamiento del país.

Sobre el punto con referencia al cual procura llamarse la atención la situación en el mundo hoy en día es no sólo distinta, sino directamente inversa: cualquier manual, *casebook* o tratado americano sobre Derecho Constitucional dedica no menos de dos tercios de sus páginas a los derechos constitucionales. Así, si se observan los libros más usuales sobre la materia en cualquier Law School, podrá verse que, luego de unas 500 ó 600 páginas sobre separación de poderes, jurisdicción federal, control de constitucionalidad, poderes del congreso, del presidente, y algunas cuestiones más referidas a la organización de los poderes del gobierno, se suele pasar a la problemática de los derechos, que se complejizó y profundizó hasta tal punto que siguen 1.000 a 1.400 páginas de discusión de problemas y de casos sobre los bienes humanos y sus libertades en relación a las facultades del Estado, procurando potenciar la dignidad del hombre y poner valladares a los ataques que puedan encontrarse a la misma.

Algo similar puede verse en otro país con enorme desarrollo del Derecho Constitucional, como Alemania, donde existe una extensa dogmática de los derechos, al punto que la teoría de los derechos fundamentales ha alcanzado una sofisticación similar a la que puede verse en la teoría del delito en Derecho Penal.

No puede soslayarse, asimismo, que hay algo más detrás del interés filosófico-político de los derechos fundamentales. Antes se hablaba de los derechos constitucionales como algo interesante para conocer y estudiar en la Facultad, pero sin pretender llevarlos a la vida real, a la práctica del Derecho. Ahora los mismos han cobrado enorme relevancia en los procesos de elaboración normativa y en el amplio campo de los procesos y litigios.

Ese es el mundo del siglo XXI. Ahí estamos.

Por eso, en estos tiempos la discusión jurídica, política, social, es en términos de derechos. Hay mucho que separar, distinguiendo el buen Derecho de los meros deseos, de nociones utópicas, cuando no de intereses partisanos. Por otro lado, hay mucho que conceder, que reconocer, que avanzar..., mucho que ahondar en los verdaderos fundamentos de los

derechos, en sus posibilidades y en los problemas que los mismos tienen hoy en nuestro país y en nuestro continente.

Hay una razón antropológica importante que viene a subrayar la importancia de este *Tratado*, en lo que viene a ser el sexto elemento a remarcar. Esta razón se relaciona con el punto anterior, relativo al interés de que una obra de estas características se centre en los derechos del hombre, dejando de lado por un momento todo el andamiaje de la organización estatal que se estudia en la parte orgánica del Derecho Constitucional. En efecto, servir a la persona es servir a sus bienes humanos, y sus bienes humanos están protegidos, como motor y armadura, por los derechos constitucionales o derechos fundamentales.

Los derechos humanos son aquellos derechos primordiales de la persona. Son fundamentales precisamente porque tutelan los bienes humanos básicos. Por el carácter de estos bienes o valores básicos, al decir de Finnis se debe procurar el respeto por todos ellos en cada acto que se realice, rechazando el consecuencialismo y el utilitarismo morales, sin preferencias arbitrarias entre los valores ni preferencias arbitrarias entre las personas, y defendiendo así de manera absoluta los derechos humanos que son su expresión jurídica<sup>14</sup>.

De esta manera, puede decirse que todo servicio a la persona es un servicio a sus auténticos bienes..., y toda ayuda a sus bienes genuinos es una defensa y promoción de sus derechos humanos, de sus derechos fundamentales o, dicho de otro modo, de sus derechos constitucionales, porque estos derechos son ese cofre de protección y fortalecimiento que la sociedad ha reconocido a aquellos bienes.

Por eso los derechos humanos no son sólo relativos al interés individual, sino que también son el principal cometido del bien común contemporáneo, que se frustra irredimiblemente sin el reconocimiento y tutela de las atribuciones y bienes del hombre, ser digno y fin de todo el Derecho, que conforma así de un modo humano a la comunidad política. Sin libertades no hay respeto a la persona, ni convivencia humana, social o política. No hay bien común<sup>15</sup>.

Hay que estudiar, en consecuencia, los derechos constitucionales, aún cuando las realidades de Argentina y de Latinoamérica puedan decirnos que no vale la pena, que no son respetados. Precisamente por eso hay que estudiarlos, y porque sólo pueden lograr alumbrar un futuro mejor los que han estudiado ese mundo mejor; y porque hace toda la diferencia el

---

<sup>14</sup> Sobre los bienes humanos básicos como contenido de los derechos fundamentales, junto al carácter absoluto de la defensa de los derechos humanos, ver el clásico tratamiento de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980; reprint 1993), 59-95, 105-109, 118-124 y 223-226.

<sup>15</sup> Con referencia al reconocimiento, la promoción, la satisfacción y la defensa, tutela y garantía de los derechos humanos como contenido central del bien común en la actualidad, ver Finnis, *Natural Law*, 218; y Germán J. Bidart Campos, *Teoría general de los derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1991), 144.

poder distinguir cuando se está ayudando a subir a la persona, cuando se le hace justicia, de cuando se la utiliza como mero escalón al servicio del poder político de turno.

No extraña entonces que en los últimos dos siglos, y en especial de modo creciente desde 1945, estemos en lo que Norberto Bobbio llamó *l'età dei diritti*, la “edad de los derechos”, como acertó a titular un libro suyo de 1990<sup>16</sup>, o lo que Louis Henkin llamó *the age of rights*, “la era de los derechos”, en un libro curiosamente del mismo año<sup>17</sup>.

A causa de lo dicho, en este tiempo de los derechos, la interpretación y decisión sobre el contenido de cada uno de ellos están de un modo especial en la cúspide de los problemas de esta dinámica área del Derecho. De ello se deriva que quepa un rol tan importante, decisivo, a los tres poderes del Estado, cuando se regula los derechos, cuando se juzga sobre los mismos y cuando se ejecuta decisiones que los promueve o los afecta. No son problemas asépticos, o un alambique de juristas: no se piensa igual en todos los temas, pero todos podrían coincidir que en estos debates se juega en buena medida el futuro de las personas, su felicidad, así como el futuro de la sociedad.

Llegados aquí, es momento de destacar, como séptimo elemento a encuadrar en esta recensión, la organización interna de este *Tratado*. El mismo tiene tres partes.

La parte I, que insume más de 600 páginas, está dedicada a la teoría general de los derechos constitucionales y sus temas principales, como su naturaleza, las cuestiones de la interpretación y de la toma de decisiones sobre los mismos, la importancia del Derecho Comparado y del Derecho Internacional, la presunción de constitucionalidad en los litigios que los involucran, el principio de legalidad, la regulación de los derechos y el control constitucional de razonabilidad y los puntos de teoría de la democracia que están vinculados con la teoría de los derechos humanos.

Luego de la parte general, en la parte II se estudian los derechos sustantivos en particular, donde se sigue un orden lógico y adecuado, que en general compartimos desde hace casi dos décadas con la cátedra. Así, se comienza por el derecho a la vida, y se sigue por los innumerables meandros del derecho a la igualdad —del que tanto necesitamos—.

El tratamiento de los temas continúa por la libertad de expresión y los derechos y problemas que se relacionan con la misma —con casi 400 páginas de tratamiento—, como el honor, la intimidad, el acceso a la información pública, la protesta pública, la expresión comercial y publicitaria o los secretos de Estado...

---

<sup>16</sup> Norberto Bobbio, *L'età dei diritti* (Torino: Einaudi, 1990). Traducido al español por Rafael de Asís Roig, *El tiempo de los derechos* (Madrid: Sistema, 1991).

<sup>17</sup> Louis Henkin, *The Age of Rights* (New York, Columbia University Press, 1990).

Se trata el derecho a la inmunidad de las acciones privadas, así como la libertad religiosa y la objeción de conciencia.

No está ausente el estudio del derecho de propiedad y de la libertad contractual, tan malhadadas hace décadas y tan desventuradas en los últimos años en virtud tanto de la doctrina de la emergencia como de un uso arbitrario del poder, que las hace merecer un tratamiento de otras 400 páginas.

Se exponen los diversos derechos sociales, que tanto tienen para dar aún en el país, con gran detalle y puntualizaciones, desde el derecho al trabajo, al derecho a la salud, a la vivienda, a la educación, a la seguridad social.

Otro desarrollo de 400 páginas es dedicado al derecho al debido proceso y a las garantías penales, de gran avance en el país. Encuentran también su lugar la problemática constitucional del derecho a la reparación civil, así como los nuevos derechos incorporados hace 20 años, como el *habeas data*, el derecho al medio ambiente y los derechos de los consumidores y usuarios. No falta asimismo el estudio de los derechos políticos.

Al final, en la tercera parte, se puede ver un tratamiento detenido de todo lo que rodea al moderno derecho a la tutela judicial efectiva, centrándose en la tutela procesal de los derechos constitucionales. De esta manera, se estudian las acciones y recursos de protección de las libertades, como el amparo y el *habeas corpus*, las acciones colectivas, la acción de inconstitucionalidad y el recurso extraordinario federal, así como la apertura tanto a las acciones de tutela en el orden provincial, como a nivel internacional, con el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos y el sistema universal de protección de los mismos. No faltan problemáticas actuales, de gran interés teórico y práctico, como ocurre con las sentencias erga omnes, la tutela judicial preventiva.

Como novena estación de este recorrido puede mencionarse la cuidada edición de la obra por parte de AbeledoPerrot. Quizá pueda echarse en falta un índice analítico de temas y un índice de casos, complementarios de la tabla de contenidos, los cuales facilitarían encontrar lugares puntuales dentro de un continente de aspectos constitucionales, exponiendo a la luz así todos los recovecos de una obra monumental.

Entre otros varios puntos de la elaboración e impresión del trabajo, cabe destacar la tipografía moderna y cómoda de leer, que hacen amable y atractiva la lectura, lo cual será de agradecer por todos los que ya tienen la vista algo trabajada por los libros de Derecho, que no siempre tienen en cuenta este detalle.

Como décima y última escala, que condensa varios de los elementos ya abordados, puede decirse que este *Tratado* es una obra plena de atractivos, no sólo muy útil, sino directamente

imprescindible para acercarse a los problemas de los derechos fundamentales, que brinda un acceso a los derechos humanos en nuestra Carga Magna donde se combinan concreción con visión de conjunto, estudio detenido del Derecho dado, con soluciones sugerentes, innovadoras.

El estudioso se encontrará ante una obra sugerente y vibrantemente actual, que no descuida la extensión y profundidad en los temas clásicos de la Constitución con relación a los derechos, ni se olvida de las cuestiones más novedosas que se han presentado en el terreno de las libertades. De este modo, a partir de los principios fundamentales, incursiona una y otra vez en las apasionantes discusiones que la jurisprudencia y la doctrina, también las más recientes, brindan sobre los significados e implicaciones de la Ley Fundamental en el terreno de los derechos constitucionales.

La obra convoca así la atención de todo el dilatado arco de personas preocupadas por el Derecho Constitucional, desde estudiantes a especialistas, incluyendo al extendido grupo de interesados en general, como abogados, jueces, legisladores y, más allá de las “profesiones jurídicas”, a todos los ciudadanos a quienes importan nuestra arquitectura institucional y nuestro sistema de derechos y libertades.

Acercándonos al cierre de esta reseña, es importante reparar en que la lucha por el Derecho, de que hablaba von Ihering hace más de un siglo en su famoso discurso<sup>18</sup>, sigue ahora plenamente viva en muchas cosas, y especialmente en la lucha por los derechos humanos.

Esta lucha sigue viva porque muchas veces se avanza, se mejoran las situaciones, se ganan batallas épicas por la vigencia efectiva de los derechos humanos, pero a la vez muchas veces se retrocede, y existen amplios sectores de los bienes humanos básicos que se ven denegados, conculcados, heridos...

Este esfuerzo incumbe de un modo u otro a todos: uno de los ejes centrales de la tutela de los derechos es que esta lucha no se agota en los juristas, sino que debe involucrar a todas las personas. Nadie puede faltar a la cita. Nadie puede escamotear su don. Pero, si bien este bregar por los derechos envuelve a todos, la responsabilidad de los hombres de Derecho es mayúscula. Y este *Tratado* aporta una miríada de elementos para coadyuvar en esa lucha.

No podría ser de otra manera, dado que los extensos tomos de esta obra impactan en uno de los puntos centrales, absolutamente centrales, del Derecho, como puede verse en el mismo frontispicio de la obra magna de la compilación justiniana. Allí Celso el joven expone que

---

<sup>18</sup> Ver Rudolf von Ihering, *Der Kampf ums Recht* (1872), con múltiples reediciones en diversos idiomas.

*ius est arts boni et aequo*, “el Derecho es el arte y la ciencia de lo bueno y lo equitativo”<sup>19</sup>, y Ulpiano consagra que *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*, “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”, de reconocerle y conferirle lo suyo, lo que le corresponde<sup>20</sup>.

El Derecho no puede renunciar a intentar el logro de la justicia, porque ha estado desde siempre involucrado en esa esfuerzo, con distintas técnicas según los diversos períodos históricos. En consecuencia, hay que promover, sin cejar, que se haga justicia, que el Derecho lleve a reconocer a toda persona lo que es suyo, sin olvidar que en ese cometido están involucrados sus bienes básicos, que son fundamentales para la realización de cada individuo y para vertebrar sólidamente la comunidad.

Ojalá que este libro —y sobran las razones para confiar que será así— coadyuve a que muchos más puedan gozar de lo que les corresponde, y a que se contribuya entre todos, en este gran teatro del Derecho, cada uno representando el papel, en la escena que le toca, a seguir construyendo espacios de legitimidad, para que la justicia sea efectiva en las personas. Quizás así las voces de la viuda y el huérfano, del inmigrante y del jornalero, que desde los tiempos bíblicos imploran justicia contra los poderosos, puedan alguna vez acallarse, ya que los desposeídos estarán en paz, pues al fin habrán encontrado la protección que suplicaban<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup>Celsus, Digesto, 1, 1, 1.

<sup>20</sup>Ulpianus, Digesto, 1, 1, 10, pr.

<sup>21</sup>Ver Éxodo 22, 20-23; Levítico 19, 13; Deuteronomio 10, 18; 24, 14-15.17; 27, 19; Job 34, 28; Proverbios 23, 11; Sirácides 34, 22; 35, 14-15; Isaías 1, 17. 23; 10, 1-2; Jeremías 7, 6; 22, 3.13; Zacarías 7, 10; Malaquías, 3, 5; Lucas, 18, 1-7, Santiago 5, 4.

**RESEÑA DE *JURISPRUDENCE AS PRACTICAL REASON*. 2013.  
MARK SAYERS Y ALADIN RAHEMTULA (EDS.). QUEENSLAND:  
SUPREME COURT LIBRARY QUEENSLAND**

*Santiago Legarre*<sup>1</sup>

El libro que me dispongo a reseñar es, en un sentido amplio, un *Festschrift*. Dado que este género académico es infrecuente en la Argentina y dado que, además, es poco conocido en nuestro país, comenzaré con una breve explicación de su razón de ser, con las debidas disculpas del lector erudito.

Etimológicamente, la palabra alemana es la unión de otras dos, un sustantivo y un adjetivo, puestos como es habitual en esa lengua, en orden inverso (el orden nuestro sería “escritura” y “festiva”: *schriftFest*) y significa, literalmente, “escrito celebratorio”. Curiosamente, en nuestro mundo globalizado a la americana, hoy la palabra *Festschrift* se usa más en inglés que en alemán, sobre todo en el mundo académico. Se la intercala así, por ejemplo: “Professor Finnis, I have read your *Festschrift* and found there several fantastic contributions by some of your most remarkable students”.

En el mundo académico, tal como lo insinúa el ejemplo, un *Festschrift* es un libro compilado por un grupo de estudiantes que ha trabajado con un determinado profesor ya mayor —algunos de los cuales son, a esa altura del partido, también sus amigos—, le preparan y luego se lo presentan en su homenaje. Por esta razón, y como lo enseña la sabiduría convencional contemporánea, a veces se usa (pero mucho menos en algunas partes del mundo, como los Estados Unidos) la expresión *Liber Amicorum* para referirse al *Festschrift*<sup>2</sup>. (Otra vez una expresión críptica, esta vez latina, cuyo significado no literal es “el libro que te presentan tus amigos”.)

Un rasgo típico de los *Festschriften* es que se hacen en vida del homenajeado, a menudo con ocasión de su retiro de la cátedra universitaria. A veces, además de escribir sus amigos y

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derecho Constitucional (UCA) e Investigador Independiente del CONICET.

<sup>2</sup> <http://en.wikipedia.org/wiki/Festschrift> (Consultado el 27 de diciembre de 2014).

sus exalumnos también lo hacen algunos “enemigos”: referentes en el campo en el cual el profesor homenajeado sobresalió, que aprovechan la ocasión para entrar en crítica y diálogo amistosos con el celebrado.

Como decía, en Argentina, hasta donde llegan mis conocimientos (que excluyen, por cierto, campos tan vastos como la Física y la Geometría, por solo mencionar un par, así que debe tomarse con pinzas mi sentencia), esta costumbre es entre magra e inexistente. Aunque debo contarle al lector que en este año 2014 que expira mientras garabateo estas líneas, he escrito una contribución para un *Festschrift* en homenaje a un distinguido profesor mendocino; así que acaso los vientos estén cambiando y ahora que de a poco las universidades argentinas, o algunas de ellas, se van poblando de profesores con dedicación plena, la tendencia revierta. Razón de más para haber escrito estas líneas preliminares.

El *Festschrift* que motiva esta reseña lo es, como adelanté, en un sentido amplio. Por un lado, no se llama así. Su título completo es *Jurisprudence as Practical Reason: a Celebration of the Collected Essays of John Finnis*. Por otro lado, el homenajeado —protagonista deliberado (en lo que a mí respecta) de mi ejemplo anterior— tuvo, por cuerda separada, un *Festschrift* con todas las letras: se lo organizó Robert P. George, su discípulo más importante, junto con el profesor de Georgetown John Keown. Su título es *Reason, Morality and Law: a Festschrift for John Finnis*<sup>3</sup> y fue publicado en 2013, el mismo año que el libro reseñado. Este fue publicado en Australia (el país natal del homenajeado) y el otro, muchísimo más largo, en Inglaterra. A esto debe sumarse que en México se publicó un tercer *Festschrift*, el mismo año, en castellano, editado en Argentina<sup>4</sup>.

El *Festschrift* australiano (que lleva todas las características de uno, aunque, al igual que el argentino, no porte ese nombre) se distingue del inglés, que sí lo lleva, por una peculiaridad que lo diferencia de la mayoría de los libros de este género académico: no fue realizado con ocasión de la jubilación del celebrado, sino para marcar la publicación de una obra muy

---

<sup>3</sup> Robert P. George y John Keown (eds.), *Reason, Morality and Law: a Festschrift for John Finnis* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

<sup>4</sup> *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, Juan B. Etcheverry (ed.), UNAM, México, 2013, p. 233. En este trabajo —coordinado por el profesor de la Universidad Austral, Juan Bautista Etcheverry— colaboran una decena de profesores argentinos, junto con otros del mundo de habla hispana. También en el mundo hispano, se publicó en Chile otro escrito celebratorio cuyo subtítulo todo lo dice: *La lucha por el derecho natural: Actas de las Jornadas en homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Santiago Legarre, Alejandro Miranda y Cristóbal Orrego, (eds.), Universidad de Los Andes, Santiago de Chile, 2006 (con prólogo de John Finnis).

significativa suya<sup>5</sup>: cinco volúmenes que contienen una selección de los artículos académicos de Finnis, tanto publicados como inéditos<sup>6</sup>.

*Jurisprudence as Practical Reason* se estructura de la siguiente forma: algunos de los trabajos que contiene —todos ellos escritos por académicos y jueces australianos, muchos de los cuales fueron alumnos de Finnis en Oxford— se refieren a cada uno de los cinco volúmenes de los *Collected Essays*; y otros, en cambio, tienen un contenido variado, mayormente de tinte personal, relacionado con la interacción de los autores con el homenajeado y sus recuerdos e impresiones de él. La obra cierra con unas palabras alusivas del propio homenajeado.

El texto sobre el Volumen I, titulado *Reason in Action*, está a cargo de Mark Sayers, uno de los dos compiladores de la obra reseñada. Constituye, en mi humilde opinión, una contribución bien intencionada pero confusa. Especialmente deficiente resulta su cotejo de la teoría finnisiana con la de los teólogos Josef Fuchs y Karl Rahner (cfr. 36-39), pero no tiene sentido que me extienda aquí al respecto.

El Volumen II (*Intention and Identity*) es abordado en *Jurisprudence as Practical Reason* por Raymond Campbell, el director del Centro de Bioética de Queensland. Se trata de una contribución breve, en la cual sobresale el análisis de la ética de la craneotomía, uno de los ejemplos más controvertidos usados por Finnis en sus obras para explicar la teoría de la acción de doble efecto.

El estudio del Volumen III (*Human Rights and Common Good*) es, seguramente, el más logrado de todo el *Festschrift*. Está a cargo del decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Monash (Melbourne), Bryan Horrigan, uno de los estudiantes más distinguidos de John Finnis con asiento en tierra australiana<sup>7</sup>. El extenso trabajo de Horrigan comienza con un vuelo fugaz sobre todos los contenidos del Volumen III, para luego concentrarse, como lo aconseja el sentido común, en algunos ejes temáticos particularmente interesantes. Elige, entre otros, los límites de la intervención del gobierno en la vida de la gente, el problema del uso del derecho extranjero en la adjudicación constitucional, la relación entre el derecho interno y el derecho internacional a la luz de la globalización, y lo que llama

---

<sup>5</sup> El *Festschrift* argentino-mexicano, en cambio, marca la publicación de la segunda edición del libro más importante de Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

<sup>6</sup> La obra en cinco volúmenes se titula *The Collected Essays of John Finnis*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

<sup>7</sup> Horrigan hizo su doctorado en University College, Oxford, entre 1986 y 1990.

“cuestiones de vida y muerte” (aborto, eutanasia y situaciones afines). Concluye con una sección interesantísima en la que vuelca algunas de sus interacciones más peculiares con el homenajeado. No tiene desperdicio su relato de las sesiones de dirección de tesis en la oficina de Finnis en University College (cfr. 92-93), sobre lo cual volveré más abajo, en conexión con el último de los trabajos reseñados.

El Volumen IV (*Philosophy of Law*) está en manos de lo que antes llamé un “enemigo”. Jonathan Crowe, un joven, pero establecido, profesor de la Universidad de Queensland, que nunca estudió con Finnis y que tiene con él disensos importantes. Sin embargo, los expone en términos amistosos y desde una admiración sincera, como corresponde a un *Liber Amicorum* y aunque él no sea, estrictamente, un amigo. Crowe se ha dedicado en los últimos cinco años a publicar artículos por doquier, dedicados a disecar críticamente la teoría del derecho natural de John Finnis<sup>8</sup>. Su contribución a *Jurisprudence as Practical Reason* podría resumirse así: para Crowe, Finnis no debe ser tomado como un punto de llegada sino como uno de partida. La idea queda bien resumida en el título de uno de los trabajos aludidos: “Natural Law Beyond Finnis”. Debo decir, de todos modos, que la propia teoría de Crowe, aunque interesante, me deja la impresión de que no siempre entiende cabalmente el pensamiento de Finnis; pero eso es harina de otro costal.

*Religion and Public Reason* es el título del Volumen V de los *Collected Essays*, y en la obra reseñada quedó a cargo de Justin Gleeson, el Procurador General de Australia (quien también realizó estudios de posgrado en Oxford bajo la supervisión de Finnis, en la década del ochenta). Es este un artículo tan breve como encantador, que salpica lindos recuerdos no solo del homenajeado sino también de H.L.A. Hart, quien todavía estaba muy activo en aquellos años y a quien Gleeson describe como el gran mentor de Finnis (cfr. 104). El autor de esta quinta contribución cala bien, me parece, al maestro australiano, cuando lo describe como “at once kind and steely” (Sayers y Rahemtula 2013, 104)<sup>9</sup> y también “quirky” (105). El artículo tiene un interesante bonus, en línea con los contenidos del Volumen V: se explaya sobre el catolicismo de Finnis y cómo este encajaría en su teoría general del derecho natural. Se ocupa de recalcar algo que puedo atestiguar yo también como antiguo alumno del profesor: que, más allá de su religión (de la cual, de todos modos, no hacía gala), lo que siempre

---

<sup>8</sup> Véanse, por ejemplo, los siguientes artículos de Crowe: “Natural Law in Jurisprudence and Politics” 27 *Oxford Journal of Legal Studies* 775 (2007); “Five Questions for John Finnis” 18 *Pandora’s Box* 11 (2011); “Natural Law Beyond Finnis” 2(2) *Jurisprudence* 293, 208 (2011).

<sup>9</sup> Mark Sayers, Mark y Aladin Rahemtula (Eds.). 2013. *Jurisprudence as Practical Reason: A Celebration of the Collected Essays of John Finnis*. Queensland: Supreme Court Library Queensland.

caracterizó a Finnis de un modo sobresaliente como profesor fue su precisión, su capacidad de análisis crítico, su respeto por la libertad y su sano perfeccionismo (cfr. 105).

Como adelanté, *Jurisprudence as Practical Reason* también contiene otro tipo de trabajos, no relacionados con los cinco volúmenes de los *Collected Essays*. Abre con un prefacio ilustrativo a cargo de los editores, el ya mencionado Sayers y Aladin Rahemtula, bibliotecario de la Suprema Corte de Queensland. A continuación hay un trabajo del juez Joseph G. Santamaria, que no tiene desperdicio. Se titula “John Finnis and Natural Law” y su autor tiene la peculiaridad de haber conocido a Finnis en Oxford, como alumno, en los años setenta, para luego haberse convertido en uno de sus más grandes amigos. Esta circunstancia transpira en su artículo, especialmente cuando derrapa hacia lo testimonial, con algunos aportes novedosos y de gran valor (cfr., por ejemplo, 16-18).

El libro concluye con dos “reflexiones”, que se suman a este segundo tipo de trabajos. La segunda, a cargo de la jueza federal australiana Susan Kenny, me parece extraordinaria, por la sutil descripción de su profesor Finnis. Me quedo con estas palabras que retratan algo que sentí muchas veces en las reuniones de supervisión de tesis, y con ellas concluyo esta reseña, sin dejar de recomendar la lectura del libro:

“In these discussions with Finnis, I also learned the value of listening and of shared quiet. Finnis would listen attentively. There would be some discussion. Then, there would commonly be a quiet moment. In our early meetings, I would look out of the window and wonder when the quiet would end. As time went by, however, I was more and more grateful for these quiet moments, when scattered thoughts could be gathered and reconsidered. It was usually just after such a moment that Finnis would ask the key question for that discussion — the one that occupy me for most of the ensuing weeks!” (113).