

# Revista Jurídica



Universidad de  
**San Andrés**

**N°7 | 2019**

---

**ISSN 2314-3150**

# REVISTA JURÍDICA

DE LA UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS 2019



Nº 7 | 2019

## CUERPO EDITOR

### Codirectores

*Agustín Colque*

*Luciana Tapia Rattaro*

### Editores

*Ailén Crespo Azconzábal*

*Ana Lucía Miranda*

*Antonella Pernigotti Rebullida*

*Florencia Sinatra*

*Joaquín Giménez*

*Lara Gómez Tomei*

*Lautaro García Alonso*

*Matías Toselli*

*Nicolás Sorabilla*

*Sol Isuani*

*Valentina Melhem*

*Valentina Salas*

ISSN 2314-3150

**COORDINACIÓN**  
**ACADÉMICA**

*Juan Agustín Otero*

**AUTORIDADES DE SAN ANDRÉS**

**Rector**

*Lucas S. Grosman*

**Vicerrector**

*Martín Rossi*

**Directora del Departamento de Derecho**

*Florencia Saulino*

# ÍNDICE

ARTÍCULOS | ENSAYOS DE ESTUDIANTES

## ARTÍCULOS

---

El Leviatán del siglo XXI: Apuntes sobre Internet, libertad de expresión y democracia deliberativa

**Por Juan Pablo Falcon**..... 1

Razonabilidad y racionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina: dos ejemplos trascendentes

**Por Matías Pedernera Allende**..... 27

Hostis humani generis: el estatus jurídico de los terroristas bajo el derecho internacional humanitario

**Por Luciana Florencia Lucotti**..... 46

## ENSAYOS DE ESTUDIANTES

---

El estado de excepción schmittiano: una mirada desde el ordenamiento argentino

**Por Lara Fernanda Benitez** ..... 81

## **EL LEVIATÁN DEL SIGLO XXI**

*Apuntes sobre Internet, libertad de expresión y democracia deliberativa*

## **THE 21ST CENTURY LEVIATHAN**

*Notes of Internet, freedom of speech and deliberative democracy*

*Juan Pablo Falcon \**

### **RESUMEN**

El presente artículo aborda una de las tantas problemáticas surgidas en la era digital: la influencia de las tecnologías desarrolladas a partir de Internet sobre la libertad de expresión y cómo esto repercute sobre los postulados básicos de la democracia. En primer término, el artículo analiza el marco teórico de la tesis de la democracia deliberativa, aborda elementos tales como la libertad –principio rector de toda democracia liberal– y trata diversas cuestiones vinculadas a la libertad de expresión, derecho clave en cualquier proceso comunicativo. Seguidamente, y tomando elementos de la filosofía y antropología, el trabajo hace especial hincapié en la relación creada entre el hombre y estas nuevas tecnologías. Luego, analiza de qué manera estas últimas influyen negativamente en los procesos deliberativos al poner en duda el verdadero valor de las deliberaciones democráticas y, por ende, de las decisiones en ella adoptadas.

### **PALABRAS CLAVE**

Democracia deliberativa, libertad de expresión, libertad, Internet, redes sociales

---

\* Abogado (UBA), diploma de honor. Master of Law King's College London.

**ABSTRACT**

The article explores one of the several problems of the digital era: the influence of internet technologies on freedom of speech and how this affects the basic principles of democracy. Firstly, the essay analyze the theoretical framework of deliberative democracy, developing elements like freedom –basic pillar of liberal democracy- and issues related with freedom of speech, key right for every process of communication. Secondly, and with special consideration on elements of philosophy and anthropology, the work will focus on the relation created between men and new internet technologies. After this, the research will consider the negative influences that these developments have over the process of deliberation and in which way the decisions adopted within are negatively affected.

**KEY WORDS**

Deliberative democracy, freedom of speech, freedom, internet, social media

## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la revolución tecnológica acaecida desde la invención de Internet generó numerosos efectos en múltiples aspectos de la vida diaria. Las relaciones humanas sufrieron una profunda transformación y, con ellas, las ciencias sociales y las ciencias duras comenzaron estudiar los efectos de este fenómeno. Desde su expansión, es muy común escuchar comentarios que tienden a resaltar las enormes ventajas del ciberespacio y las redes sociales en la comunicación que vencen todo tipo de obstáculos físicos –que hasta hace no mucho– impedían el intercambio fluido de información.

El objetivo general de este trabajo es argumentar en contra de la idea que sostiene que las nuevas tecnologías deben recibirse con los brazos abiertos sin formular crítica alguna. El objetivo particular se orientará a refutar aquellas posturas que sostienen que las redes sociales e Internet potencian la libertad de expresión y la calidad democrática.

En las siguientes líneas explicaré que esto no es así, sino que, por el contrario, estas nuevas tecnologías limitan los procesos deliberativos, fundamentales en la construcción de la legitimidad democrática, afectando la libertad como valor fundamental de la teoría de la democracia y la libertad de expresión como derecho fundamental en el proceso de deliberación. En resumidas cuentas, explicaré por qué esta nueva revolución tecnológica, contrario a lo que usualmente se pretende hacer creer, se ha convertido en un caballo de Troya para la democracia deliberativa. Esta nos sumerge en un nuevo esquema autoritario sin dictadores ni demostraciones expresas de autoritarismo, pero sí con una inmensa capacidad para limitar la autonomía individual, la crítica y la expresión.

A continuación, analizaré los conceptos que constituirán el marco teórico del presente trabajo. En primer término, me dedicaré a los alcances del principio fundamental de cualquier democracia liberal: la libertad. Seguidamente, me explayaré sobre la democracia deliberativa, el valor del disenso y la comunicación como herramientas para la construcción de la legitimidad. Finalmente, desarrollaré la libertad de expresión como derecho medular en la vigencia de la democracia deliberativa.

La segunda parte del trabajo estará destinada a describir y analizar diversas influencias negativas que las redes sociales tienen sobre el concepto de libertad en general, y en la libertad de expresión como derecho particular; en ambos casos, la intención será demostrar cómo se ha debilitado la función deliberativa de la democracia.

## II. EL VALOR DE LA LIBERTAD

Sin perjuicio de los numerosos problemas que existen para compatibilizar las distintas visiones de la democracia, resulta fundamental entender que la libertad constituye un denominador común y soporte fundamental de toda teoría liberal –más allá de los escollos que puedan surgir dentro de los diferentes enfoques– (Dryzek, 2000). No obstante las dificultades que este análisis tiene que transitar, un paso fundamental será desentrañar el contenido y significado de la idea filosófica de libertad. Sería imposible entender qué grado de influencia tienen las redes sociales en la libertad de expresión si previamente no se definen los contornos del concepto básico.

Como consideración preliminar, corresponde destacar que la libertad constituye el valor medular de cualquier democracia. El constitucionalismo occidental, y su pertenencia a la doctrina política liberal nacida a partir de la Revolución Francesa y la Revolución de Filadelfia hacia fines del siglo XVIII, colocaron al hombre como centro de todas las relaciones, y a la libertad como valor innegociable de todo esquema político.

Desde sus orígenes, diferentes autores han ensayado múltiples definiciones, pero ninguna parece completa. Las dificultades se presentan desde el momento en que existen numerosas escuelas de pensamiento liberal y, como sucede en toda teoría política, la filosofía que subyace varía a partir de los matices con que sea construida. De esta manera, no será lo mismo analizar la libertad siguiendo el pensamiento de liberalismo social de John Rawls, el liberalismo libertario de Robert Nozick, el liberalismo conservador de Friederich Hayek, el liberalismo pluralista de Isaiah Berlin o el liberalismo igualitario de Amy Gutman. En función de los obstáculos que representan estas múltiples miradas, la clave para entender las nociones medulares radica en encontrar ciertos denominadores comunes en cada una de estas diferentes escuelas de pensamiento para así poder elaborar una noción más general.

John Stuart Mill, tal vez uno de los principales y primeros exponentes de la escuela del liberalismo, entendía que “la única libertad que merece ser llamada como tal, es aquella que consiste en perseguir el propio bien de la manera que cada individuo lo decide, en la medida que no afecte a terceros” (1985, p. 59). Asimismo, enseñaba que los conflictos entre la libertad y la autoridad pública han sido los más frecuentes a lo largo de la historia e involucraban no solo las relaciones intersubjetivas, sino también al vínculo entre sujetos y



gobierno. Entendía que el poder de la autoridad es necesario, pero al mismo tiempo peligroso si no se les resguarda a los individuos aquellas libertades necesarias para la consecución de sus planes de vida.

En función de lo expuesto, podemos decir que limitar el poder del Estado resulta un imperativo y que, para cumplir con dicho objetivo, es clave llevar adelante dos grupos de acciones. El primero, obtener el reconocimiento de una serie de inmunidades denominadas libertades políticas que constituyen barreras que la autoridad pública no puede infringir. El segundo, crear un sistema de frenos y contrapesos con un cuerpo orgánico destinado a la representación de las diferentes partes de la sociedad.

Hayek (2011), por su parte, identifica diferentes asepciones del concepto de libertad. La primera se vincula a la libertad política, es decir, la participación de los ciudadanos en el gobierno, en el proceso de sanción de leyes y en el control de la administración. La segunda acepción se enlaza con una idea metafísica y hace referencia al grado en que una persona es guiada por sus propios actos, conciencia y convicciones. La tercera se relaciona a la libertad física, principalmente a la capacidad que cada persona tiene para satisfacer sus propios deseos y elegir entre diferentes alternativas. La cuarta acepción se vincula con la economía y la redistribución de la riqueza.

Todo este abanico de visiones tiene diferentes fortalezas y debilidades, motivo por el cual Hayek elabora un concepto propio. Sostiene que el contenido de la libertad está directamente vinculado con la coerción, definida como

el control del contexto o las circunstancias llevado adelante por alguien sobre otro que, a fin de evitar un mal mayor, es forzado a actuar no siguiendo sus propios deseos, voluntad o plan de vida, sino motivado en los deseos de un tercero (p. 19).

Dicho en otras palabras, la coerción neutraliza al individuo como un ser pensante y lo transforma en un instrumento para la satisfacción de las necesidades de un tercero. Como marca Hayek (2011), los actos libres son la actuación característica que los individuos deben ejecutar para perseguir su propio proyecto de vida, tomar sus propias decisiones basadas en su propio conocimiento y voluntad, y no deben ser moldeadas por otros individuos.

Entonces, la libertad constituye el valor esencial del movimiento político liberal, pilar fundamental contra la tiranía de aquellos que detentan el poder político sin límites, y permite, de esta forma, la realización del individuo. Asimismo, el contenido intrínseco de la libertad

es el principal combustible para el ejercicio de la democracia y, en lo que aquí interesa, para la democracia deliberativa.

Ahora bien, todo este plexo de ideas generales se cristaliza en una batería de derechos que permiten que la libertad se transforme en una realidad –o al menos lo intenta– y que la democracia sea lo más completa posible. Dentro de la visión deliberativa, numerosos derechos adquieren particular relevancia y la libertad de expresión sea tal vez el más importante de ellos, pues permite generar un intercambio de ideas que le da fuerza a la visión deliberativa.

### **III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Hoy en día, existe consenso al admitir que la democracia constituye el único sistema legítimo para gobernar una sociedad. Sin perjuicio de esta afirmación, existen numerosas preguntas acerca de cómo se construye la legitimidad de un sistema democrático y, al mismo tiempo, en qué medida las decisiones adoptadas dentro de una democracia son legítimas.

Las primeras preguntas que surgen son aquellas que intentan justificar la legitimidad de la democracia como sistema. ¿Tiene un valor instrumental o intrínseco? ¿Este valor es procedimental o sustantivo? ¿Reposa en la característica de servir como contención de la tiranía o se vincula a la actitud positiva de la autorrealización personal? ¿Descansa en la capacidad de modificar las preferencias de las personas o de impedir que las mismas sean alteradas?

Las construcciones filosóficas que se han erigido alrededor de la idea de democracia son numerosas, pero una de ellas cuenta con mayor adhesión en la actualidad: la democracia deliberativa. Este término fue acuñado originalmente por Joseph Bessete en el marco de la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos como un cuerpo de principios destinados a garantizar la participación pública, en especial dentro del Congreso.

Como consideración preliminar, cabe destacar que esta visión le asigna valor fundamental a los procesos comunicativos para llegar a la verdad moral. En otras palabras, el valor epistemológico de la concepción deliberativa reposa en el proceso de discusión e intercambio, que tiene mayor peso para ganar acceso a decisiones moralmente correctas que cualquier otro procedimiento de toma de decisiones colectivas.

Ahora bien, ¿cuáles son los fundamentos de esta concepción? ¿Por qué motivo la deliberación constituye un elemento medular para alcanzar decisiones moralmente correctas? (Nino, 1997). Construir una definición de una noción tan compleja y dinámica no resulta una tarea sencilla. Sin perjuicio de ello, es posible enumerar ciertos elementos fundamentales que sirvan como identificadores básicos de esta construcción.

En virtud de ello, y como primera aproximación, es posible decir que esta concepción construye la legitimidad de las normas a partir de la deliberación pública de los ciudadanos. Invoca los ideales de la legislación racional, las políticas participativas y el autogobierno como elementos principales para la construcción de legitimidad (Nino, 1997).

John Elster (2000) sostiene que existen dos elementos fundamentales que la identifican. El primero de ellos, que los ciudadanos vayan más allá del interés personal del "mercado", reorientándose hacia intereses públicos del "*forum*". El segundo, que la deliberación solo es relevante en la medida en que mejore los procesos de toma de decisiones políticas, en especial, teniendo en cuenta el bien común.

En nuestro país, Carlos Nino ha sido el principal exponente de esta teoría, quien luego de realizar un desarrollo extenso y complejo, efectúa una serie de caracterizaciones que resultan ilustrativas y didácticas a los fines del presente trabajo. En primer término, la democracia deliberativa permite el conocimiento de los intereses de los otros. Dicho en otras palabras, la discusión y decisión democrática aseguran mejor los intereses de las personas ya que permite una discusión con conocimientos de las diferentes posturas.

La teoría epistémica de la democracia no solo se basa en que el intercambio de una discusión, que precede a una decisión mayoritaria, presume la mutua relación de intereses, sino que también se basa en que se esgriman justificaciones de esos intereses. No será suficiente que los actores del proceso democrático se limiten solo a describir el contenido de sus intereses, sino que, por el contrario, resulta menester justificarlos a fin de darle contenido discursivo a la deliberación. Este elemento cumple un papel medular, pues impacta directamente en el valor moral de las decisiones (Nino, 1997). Asimismo, la discusión intersubjetiva ayuda a detectar errores de hecho y errores lógicos, los cuales pueden ser descubiertos por cualquier participante de la discusión.

Otra ventaja del proceso deliberativo radica en la utilidad del proceso para neutralizar los factores emocionales que pueden operar dentro de la toma de la decisión. En tal sentido,

cualquiera de estos factores puede afectar el descubrimiento de la verdad moral, ya que las emociones contribuyen a alterar de diversas formas el proceso de argumentación (Nino, 1997).

Igual de importante es la negociación que subyace al proceso democrático ya que, si bien no le asigna un carácter independiente, contribuye al valor epistémico del que gozan la argumentación y las decisiones mayoritarias. En este orden de ideas, el análisis del proceso de negociación constituye un elemento primordial para evidenciar la participación que tienen las minorías en la toma de decisión. Como expresa Nino (1977):

en una democracia en funcionamiento, es esencial que la mayoría nunca sea un grupo definido de gente de la población, sino una construcción que hace referencia a individuos que cambian constantemente de acuerdo con el tema que esté en discusión (p. 177).

Dicho en otros términos, corresponde sostener que las mayorías y minorías no deben ser estáticas para el funcionamiento de una buena democracia, sino que, por el contrario, la dinámica de la deliberación hará variar dichos grupos de manera permanente.

Lo mencionado previamente no son más que los factores medulares sobre los cuales reposa la visión deliberativa de la democracia. La capacidad del proceso de deliberación en las decisiones mayoritarias para adoptar soluciones moralmente correctas no es de carácter absoluto, sino que su mayor o menor éxito variará conforme a la satisfacción de las condiciones que lo subyacen. Estas se refieren a que todos los individuos interesados participen en la discusión y decisión, que participen sobre una base de igualdad y libres de toda coerción, que puedan expresar y argumentar genuinamente sobre sus intereses, que el grupo tenga una dimensión apropiada y lleve al máximo las probabilidades de un resultado correcto, que la composición de las mayorías y minorías varíen de manera permanente a través del proceso deliberativo, y finalmente, que los integrantes de los diferentes grupos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias (Nino, 1977). Cuando estas condiciones se encuentran dadas, los procesos deliberativos resultan más fructíferos y, por ende, el valor democrático de las decisiones en ellos adoptados aumenta. Por el contrario, el valor disminuye cuando uno o más se encuentran viciados.

En resumen, es posible afirmar que la implementación de la teoría deliberativa de la democracia no es una tarea sencilla, sino que depende de numerosos factores capaces de apuntalarla como herramienta constructiva de legitimidad de las decisiones. El hecho de que

esta visión pueda resultar promisorio y compatible con los valores de una política liberal no la aleja de ciertas críticas. De esta manera, numerosas construcciones teóricas nacidas desde la primera mitad del siglo XX –algunas de ellas sostenidas hoy en día, pero en minoría– han visto con recelo los esquemas democráticos participativos.

Joseph Schumpeter (1942), por ejemplo, sostiene que la evidencia empírica demuestra que las sociedades modernas no se encuentran informadas en materia política y son más bien reticentes a los fenómenos políticos, además de ser fácilmente manipulables. Este autor, que adhiere a la teoría elitista, enfatiza la estabilidad política por encima de la participación. Así, resulta imposible que todas las personas pudiesen llegar a un acuerdo acerca de qué es el bien común, de modo que su construcción plantea que el gobierno deba quedar en manos de las elites y la democracia queda reducida a llevar adelante una serie de controles negativos sobre esos líderes.

Hasta aquí, la intención del presente apartado no ha sido más que la de explicar de manera sucinta los postulados básicos de la teoría de la democracia deliberativa. He desarrollado el concepto de libertad –valor fundamental de la democracia liberal– y la teoría de la democracia deliberativa, que consigna que la legitimidad de las decisiones reposa en los procesos de deliberación e intercambio de ideas. A continuación, desarrollaré conceptualmente el derecho que compone la columna de esta teoría democrática y protege los procesos comunicativos libres: la libertad de expresión.

#### **IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

La libertad de expresión constituye un derecho fundamental dentro de cualquier democracia. Evidencia de ello es que se encuentra consignado en nuestra Ley Fundamental desde sus inicios en 1853. Su importancia ha sido reforzada por la incorporación de numerosos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que lo consignaban entre sus principales disposiciones.

Como primera consideración, corresponde destacar que este derecho constituye un bien central de la concepción liberal de la sociedad (Nino, 1992). Ello no solo por lo que representa para la construcción de calidad democrática, sino porque, además, se vincula con la libertad más innata de cualquier ser humano: la de expresar y comunicar todo tipo de pensamiento, idea, arte, opinión que provenga desde el fuero más íntimo. Sentarnos en un bar a discutir

libremente sobre cualquier tema, admirar una obra de arte en un museo, deleitarse con una ópera o un concierto, escribir un artículo o un posteo de 140 caracteres en una red social, no son más que pequeñas pinceladas de lo que este derecho intenta proteger.

El valor de la libertad de expresión no solo extrapola su importancia hacia la construcción de una democracia sólida, sino que también expande sus efectos y de esta manera consolida la esfera de autonomía de los individuos. En el marco del constante proceso de refutación y confirmación de ideas, la controversia es aquello que permite someter a permanente consideración cualquier tipo de pensamiento. Refutar o derribar paradigmas son procesos necesarios para la evolución de cualquier sociedad y son llevados adelante, principalmente, a través del ejercicio de la libertad de expresión. Mill (1985) enseña que existe una gran diferencia entre creer que una idea es verdadera porque no ha podido ser refutada cada vez que se la puso a prueba y suponer que, como es verdadera, no debe permitírsele posibilidad de refutación.

La intención de estas palabras es precisamente destacar el valor de la controversia como instrumento de construcción. Bianchi y Gullco (1997) dicen que con una amplia libertad de opinión se consolida un auténtico "libre mercado de ideas" (p. 10). De la misma forma en que el libre mercado, en términos comerciales, hace que cada uno de los agentes integrantes se transforme en el mejor elector y difusor de la información que pretende consumir o difundir, de acuerdo a sus preferencias y sin la intervención de un tercero que dirija su voluntad hacia otros puertos. La función de la libertad de expresión para la consolidación democrática se sustenta en la necesidad de facilitar el debate sobre las cuestiones de interés público y sobre las opiniones políticas o partidarias que se presentan. De este modo, se busca que el ciudadano forme su propio juicio, critique, enmiende y, entonces, elija entre las opciones que considera más apropiadas y, al hacerlo, consolide y perfeccione el sistema. Esta capacidad de expresión reafirma el debido proceso democrático y, al mismo tiempo, la hace merecedora de una protección mayor, motivo por el cual la convierte en una libertad estratégica (Gelli, 2011).

Ahora bien, el ciudadano no se encuentra totalmente solo en el esquema de intercambio de información que se ha desarrollado en torno a este derecho, sino que, por el contrario, requiere de una serie de actores cruciales para hacerlo funcionar. Owen Fiss (1998) explica con claridad que la libertad de expresión –y todas sus cristalizaciones legales– es consagrada

y estructurada teniendo en cuenta una visión unidireccional, y un tanto vetusta, al considerar que el Estado es el único enemigo natural de la libertad. Si bien resulta cierto que el Estado es el principal actor que pretende silenciar voces opositoras, motivo por el cual esta fuerza debe ser contrarrestada, dicha visión ha perdido actualidad, ya que, con el correr de los tiempos, surgieron numerosos factores que pueden hacer que el derecho a la libertad de expresión sea cercenado. Incluso este nuevo panorama ha permitido que, en ciertas ocasiones, el Estado, que en épocas anteriores era visto como la principal amenaza a la libertad, pueda constituirse como un actor necesario y fundamental para garantizar el Derecho.

Este nuevo punto de vista reposa en numerosas premisas que han surgido con el correr de los tiempos. Una de ellas es la influencia que los actores privados tienen sobre la libertad de prensa, y es aquí donde el Estado se posiciona para contrarrestar estos nuevos lastres. El intento de equilibrio se puede apreciar a través del surgimiento de nuevos actores, quienes constituyen amenazas a la libertad de expresión, en muchas ocasiones más peligrosas que el Estado en sí. Ahora bien ¿cuáles son esos nuevos actores? ¿Qué sujetos son necesarios para que el derecho a la libertad de expresión se transforme en el derecho medular de los procesos de deliberación? Por el contrario, ¿de qué manera esos nuevos jugadores pueden constituirse en obstáculos para la realización de este importante derecho en el marco de la visión deliberativa de la democracia?

En el siglo XX, los grandes medios de prensa tomaron un papel preponderante en la satisfacción de la libertad de expresión. Sin embargo –y por muy irónico que pueda resultar– se transformaron al mismo tiempo en sujetos que pueden atentar contra ella. Explicaré este fenómeno con más detalle en las siguientes líneas.

Como consideración preliminar, corresponde recordar que la democracia es el ejercicio del autogobierno, este requiere que los representantes sean elegidos por el pueblo y que el Estado sea receptivo de las demandas populares. Para ejercer esa prerrogativa soberana, todos los ciudadanos requieren pleno acceso a la información, que debe ser garantizada por una serie de instituciones. En las sociedades modernas, y en aquellas pertenecientes a las democracias occidentales, es la prensa libre la que primordialmente lleva adelante dicha función, y por tal motivo requiere autonomía, es decir, mantenerse independiente del poder de turno (Fiss, 1998). La autonomía debe darse en distintos planos; entre ellos, el económico. No es posible concebir prensa libre si para su subsistencia requiere transferencias de recursos

permanentes por parte del Estado. Como consecuencia, esta situación habilitaría a manipulaciones e influencias.

El segundo plano es la autonomía jurídica. Sobre este aspecto existen una serie de principios consagrados, no solo en la Constitución Nacional y tratados internacionales, sino también en un importante desarrollo jurisprudencial, que ha marcado los límites a todo tipo de intervención que el Estado pretenda realizar sobre la prensa y así silenciar las críticas.

Ahora bien, ¿constituyen la autonomía económica y jurídica elementos suficientes para consolidar la independencia de la prensa? Pues no; el Estado no es la única fuerza que puede pretender ejercer control sobre los medios de prensa. La actuación de medios privados también puede llevar adelante comportamientos que atenten contra la libertad de expresión. Esto puede darse cuando un medio de comunicación privado desea obtener ganancias para alcanzar o mantener su independencia económica. A fin de cumplir con dicho objetivo, podrá elegir qué información dar y cuál no (Fiss, 1998), circunstancia que atenta contra el rol fundamental que la prensa debería tener en una democracia, ya que la circulación de información para nutrir la opinión pública no puede tener en cuenta solo criterios de ganancia.

Ahora bien, en la última década y media, comenzó a darse un fenómeno sin precedentes. La comunicación, que antes se producía a través de un esquema vertical en donde los medios cumplían la función de los intermediarios, pasó a gestarse en un esquema horizontal y, posteriormente, en forma de red, a través de las redes sociales, cuyo funcionamiento implica una enorme maquinaria de absorción de información. El peligro de la libertad de expresión como derecho primordial para el ejercicio deliberativo de la democracia no proviene ya del Estado o de los grandes conglomerados de medios sino de Internet y de las redes sociales. ¿Suena contradictorio? A simple vista, podría decirse que sí, y a continuación explicaremos por qué.

## V. EL NUEVO LEVIATÁN

Hacia 1651, Thomas Hobbes publicó en Londres uno de los libros más importantes de la historia de la ciencia política: *El Leviatán*. Si bien las ideas del autor obedecían principalmente al convulsionado momento histórico que vivía Europa en general e Inglaterra en particular –signado por las guerras y la falta de organización que permitiera el progreso–,



sus ideas nunca han perdido vigencia y hasta el día de hoy se mantienen como punto de referencia para la crítica, la lectura y la enseñanza.

El autor, perteneciente a la corriente de los denominados contractualistas, consigna la importancia de la construcción de un Estado fuerte al que denominó, precisamente, “Leviatán”. A partir del análisis del hombre en su estado de naturaleza, y sin realizar precisiones sobre un diseño de gobierno y la forma que el Estado debía adoptar, entiende que resulta fundamental que cada individuo, a través de un contrato simbólico, resigne una porción de su libertad individual en favor del soberano. De esta forma, cada uno entrega el poder para la obtención de la paz, protección y posibilidad de una vida decorosa.

Hobbes describe al Leviatán como “un hombre artificial, aunque de mayor estatura y robustez que el natural para cuya protección y defensa fue instituido; y en el cual la soberanía es un alma artificial que da vida y movimiento al cuerpo entero (...)” (2003, p. 3). Continúa diciendo que:

la causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás) en introducir esta restricción sobre sí mismos (en la que los vemos vivir formando estados) es el cuidado de su propia conservación y, por añadidura, el logro de una vida más armónica (p. 3).

En resumidas cuentas, lo importante es la unidad del poder representado en un soberano absoluto, en el que recae toda la soberanía con el propósito de que otro poder no busque igualarlo y se caiga nuevamente en un estado de discordia. La teoría hobbesiana acerca de la construcción de un ser superior a partir de la delegación de parte de nuestra libertad parece repetirse en los tiempos que nos tocan vivir, aunque con ciertas particularidades. Nos referimos a la relación que existe entre los individuos y el ciberespacio. Ese vínculo, que a primera vista parece bipartito, pero que en realidad tiene múltiples actores, se caracteriza por la delegación que las personas realizan a partir de sus libertades para la construcción de una enorme masa de información, denominada *Big Data*, que luego es utilizada con diversos fines. Ahora bien, ¿cómo se explica la construcción de este nuevo Leviatán? ¿De qué manera las últimas dos décadas han contribuido al reavivamiento de numerosos debates vinculados a la libertad y a la construcción de un nuevo poder? ¿Cómo se explica la vinculación entre los individuos y este universo gigantesco paralelo a la realidad tangible creado por internet?

Resulta indudable —o al menos difícil de discutir— que Internet haya sido uno de los

inventos más importantes en la historia de la humanidad hasta el momento. Hace tan solo dos décadas, la revolución tecnológica generó cambios sustanciales no solo en las relaciones humanas, sino también en la forma de percibir la realidad. Lo que antes era imposible o sumamente dificultoso se transformó en algo sencillo. La información está al alcance de algunos *clicks* (o *touches*) de distancia, la posibilidad de comunicarse no reconoce dilaciones en el tiempo o barreras geográficas. El enorme mercado generado por la *web* expande sus posibilidades para saciar cada necesidad o aspiración. Si el deseo de cualquier individuo es escuchar música, ver un video, elegir un restaurante para comer o solicitar un *delivery* desde la comodidad del teléfono celular, podrá hacerlo con tan solo descargar una aplicación y completar ciertos datos.

Internet también permitió mejorar y potenciar las expectativas laborales, expresar opiniones y formar parte de grandes foros de discusión. Pero las posibilidades que la revolución digital creó no solo quedan subsumidas a facilitar actividades diarias, sino que fueron más profundas. Aplicaciones como *Facebook* o *Instagram*, por nombrar las más populares, permiten crear una auténtica vida paralela en el mundo virtual. A través de fotografías, “posteos”, *hashtags*, filtros o efectos, las redes sociales nos permiten aparentar aquellos que no somos y, al mismo tiempo, exteriorizar aquello que sentimos.

Ese mundo virtual que resulta prácticamente inabarcable y está en constante expansión –los ejemplos nunca serán suficientes para describirlo– se complementa con dispositivos de *hardware* que permiten estar conectados al ciberespacio las 24 horas del día, los 7 días de la semana y los 365 días del año. En muchas circunstancias, la necesidad de estar conectado al WiFi pareciera ser más fuerte que cualquier otra necesidad humana.

El acoplamiento entre hombre y máquina (Sadin, 2017) ha conllevado a una importante serie de consecuencias e interrogantes que son abordadas desde la órbita de la filosofía, la antropología y las ciencias del comportamiento, cada una con sus necesarias consecuencias en el plano del derecho. Nacidas originalmente para “secundar” al hombre, las máquinas han comenzado a expandir sus límites de actuación y su objetivo ya dejó de ser un simple papel accesorio para transformarse, en muchas ocasiones, en dominadores de la voluntad humana (Tarlton, 2010)<sup>1</sup>. Pero la pregunta es: ¿cómo es posible que las nuevas tecnologías hayan alcanzado dicho estadio? ¿Acaso el hombre, que fue quien las creó, se ha visto desbordado por su propia creación?

Gilbert Simondon (2007) expresa que

el verdadero perfeccionamiento de las máquinas, aquel del cual se puede decir que eleva el grado de tecnicidad, corresponde no a un aumento del automatismo, sino por el contrario, al hecho de que el funcionamiento de una máquina preserve un cierto margen de indeterminación. Es este margen el que permite a la máquina ser sensible a una información exterior. (p. 33)

La cualidad de "experticia humana" impregna a todos los sistemas desarrollados con posterioridad para administrar por sí mismo un número cada vez mayor de situaciones, acercándose cada vez más a la forma de agentes despersonalizados. De esta manera, las computadoras, además de poseer una capacidad gigantesca para el almacenamiento y procesamiento de datos, poseen aptitudes senso-reactivas que permiten interactuar con el hombre con cierto grado de sensibilidad que tiempo atrás no poseían. En otras palabras, los sistemas informáticos avanzaron a un estadio tal que les permite ser asimilados e identificados con la sensibilidad humana.

Eric Sadin, uno de los principales exponentes del análisis filosófico de las relaciones entre humanos y máquinas, sostiene que "la 'condición dual' que ha emergido entrelaza espíritus humanos y maquínicos y traza cartografías recompuestas entre organismos biológicos y potencias computacionales" (2017, p. 26). De esta manera, la simbiosis entre ambos se da una manera multifacética. No solo asiste al humano de manera individual y colectiva con fundamento en la capacidad de administrar gigantescas cantidades de datos de forma analítica, sino también aplica capacidades deductivas a través de algoritmos concebidos para reducir y optimizar contingencias.

Esta enorme y nueva estructura nacida a partir de la unión entre la humanidad y la cibernética da lugar a un nuevo fenómeno de estudio: la inteligencia artificial. Este proceso de transformación resquebraja los límites tradicionales del antropocentrismo, ya que el hombre deja de ser el dueño absoluto de sus decisiones basadas en el libre albedrío para transformarse en un ser algorítmicamente asistido. Dicha unión hace que, lentamente, el sujeto concebido en la modernidad, forjado bajo la tradición humanista e instituido como un ser singular y libre, plenamente consciente y responsable de sus actos, desaparezca progresivamente. Este nuevo contexto genera importantes efectos sobre la concepción del

---

<sup>1</sup> Tarlton Gillespie explica que las llamadas "plataformas" son construcciones tecno-culturales cuyas funciones han dejado de ser la intermediación para transformarse en mediadores y darle así forma a cualquier comportamiento social.

poder político basado en la deliberación y el compromiso de la decisión, dando lugar a un sistema en donde los resultados estadísticos y las proyecciones algorítmicas toman una relevancia política trascendental (Sadin, 2017).

El rápido crecimiento del fenómeno de las redes sociales trae aparejado el surgimiento de numerosas compañías dedicadas a la información, las cuales desarrollaron un importante interés en la recolección de datos a través de la idea de la conectividad. Esta última representa un invaluable recurso y herramienta para codificar información en algoritmos que permite catalogar y marcar distintas clases de información generando vinculaciones con diferentes tipos de comportamientos sociales, luego utilizadas con numerosas finalidades. Las grandes plataformas como *Facebook*, *LinkedIn*, *Twitter* o *YouTube* –por solo mencionar las más populares– explotan al máximo los mecanismos de recolección de información. Esta situación adquiere particular relevancia si se tiene en cuenta que tales aplicaciones se encuentran interconectadas, y que las técnicas extractivas que utilizan son multifacéticas. El resultado de esta enorme red de interconexiones es un auténtico ecosistema de conectividad en donde existen unos pocos actores grandes y cientos de miles de millones pequeños (Van Dijck, 2013). La sinergia existente entre ambos grupos no se configura por un intercambio de datos, sino por un sistema de vía única, en el que los pequeños usuarios entregan de manera constante y voluntaria información a los grandes.

Sin perjuicio de ello, la forma en que opera este universo no es más que un reflejo de aquella teoría política elaborada por Hobbes en la cual cada persona, bajo su propia voluntad, entrega parte de su libertad, su imagen, sus gustos, su pensamiento, su intimidad, y un sinfín de etcéteras para la construcción de una figura colectiva, conformada por enormes masas de información manejadas –y utilizadas– por unos pocos. La entrega de esa porción de libertad es consciente y no obedece a la persecución de un fin superior como si ocurría en el pensamiento de autor inglés. Por el contrario, obedece a un sentimiento individual que se explica desde la antropología por la importancia de pertenecer a un grupo social, y así evitar exclusiones.

El denominador común entre la elaboración teórica y la realidad en la cual estamos insertos se encuentra dada por la construcción de ese Leviatán que hoy en día no se encuentra personificado en la figura del Estado, sino en la información que manejan las compañías que la recolectan y cómo esa información puede ser utilizada para luego dirigir nuestras acciones.

La creación del Leviatán comenzó de una manera prácticamente inadvertida desafiando al poder normativo creado en el campo de la organización política del Estado y obligando a repensar la teoría construida en función de este último como sujeto encargado de organizar la sociedad.

En síntesis, el verdadero poder, hoy en día, no reside en el monopolio de la fuerza, que tradicionalmente era cristalizada en la figura estatal, sino en la manipulación de la información, que constituye una herramienta de influencia mucho más efectiva que la fuerza.

## **VI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LOS TIEMPOS DE INTERNET**

Podrá decirse que la tecnología en general, e Internet en particular, han llegado para acercar a las personas y romper barreras –al menos, parcialmente–. En efecto, cuando observamos en detalle cómo operan, su funcionamiento y los esquemas de recolección de información que fueron desarrollados, nos topamos con esa ironía de la libertad de expresión a la que hacía mención Owen Fiss (1998). Sin embargo, este caso se presenta con escalas imposibles de imaginar y con un Estado que no puede garantizar ser el contrapeso de este nuevo actor privado.

Ante este panorama, aquel ideal de la democracia deliberativa, encarnado en la posibilidad de que los ciudadanos se transformen en auténticos jueces de su propio destino y que comuniquen sus propias opiniones o visiones en pos de la construcción de aquella verdad moral, se esfuma para dar paso a una realidad manipulada. La pregunta que corresponde hacer es: ¿la democracia y las decisiones allí tomadas son moralmente correctas? O, por el contrario, ¿el proceso de toma de decisiones se encuentra viciado por la existencia de un ficticio velo de libertad que esconde una manipulación de la autonomía y, por consiguiente, de un derecho fundamental para el proceso deliberativo (la libertad de expresión)? La circunstancia descrita nos lleva a formularnos otra pregunta: ¿nos dirigimos hacia un nuevo autoritarismo?

No faltará quien sostenga que las redes sociales son el principal vehículo para la canalización de numerosas protestas que, en la última década, han sido de trascendencia mundial. La llamada “Primavera Árabe”, a través de la cual una serie de gobiernos autoritarios de África y Medio Oriente fueron expulsados del poder que detentaban hace

décadas u obligados a llevar adelante numerosas reformas, es el principal suceso que permite pensar que estas nuevas herramientas tecnológicas son importantes potenciadores de la libertad de expresión; en especial, en aquellos lugares en donde este derecho es inexistente debido a la presencia de gobiernos autoritarios<sup>2</sup>. Pero eso solo implica quedarse con una consecuencia parcial. Aunque en su momento hayan servido como instrumento para la expresión, nada quita que esas mismas herramientas, en su funcionamiento dentro de la democracia liberal, puedan ser utilizadas para cercenar ese derecho. ¿Suena contradictorio? A simple vista sí, pero a continuación explicaré por qué las redes sociales pueden constituir graves amenazas para la libertad de expresión. Esto, a su vez, conlleva una agravante: creemos que, en realidad, las redes sociales son instrumentos para la ampliación de derechos.

A continuación, analizaré dos tópicos que abonan dicha postura. La primera se encuentra vinculada a la reformulación de la idea de espacio y cómo esta influye en el ejercicio de la libertad de expresión. La segunda, por su parte, describe de qué manera los mecanismos utilizados por Internet y las redes sociales afectan la autonomía, valor fundamental para el ejercicio de la libertad de expresión.

## **A. INTERNET Y ESPACIO PÚBLICO**

Gelbart Hauser (1998) describe al espacio público como un espacio discursivo en donde los individuos y grupos se unen y discuten cuestiones de mutuo interés a los fines de poder llegar a soluciones colectivas. Pero, más allá de las definiciones que se puedan ensayar, resulta clave entender que el concepto e idea de espacio público tiene relevancia social fundamental, pues allí es en donde se construyen numerosos aspectos de las relaciones intersubjetivas de cualquier sociedad, como así también las estructuras sociales y las instituciones públicas.

---

<sup>2</sup> La “primavera árabe” fue una serie de revueltas populares que tuvieron lugar en Túnez, Egipto, Yemen, Siria, Marruecos y Libia, entre otros, motivadas principalmente en cuestiones económicas. Las manifestaciones tuvieron diferentes consecuencias que fueron desde la renuncia de presidentes –como fue el caso de Egipto y la dimisión de Hosni Mubarak- o la implementación de una serie de reformas políticas a fin de aplacar las protestas.

El citado autor asocia la noción de espacio público a lugares físicos vinculados a la interacción y el diálogo (casas, cafeterías, salones, bares, etc.). Todos ellos simbolizan lugares de encuentro, conversación y discusión de cualquier tipo de cuestiones; en resumidas cuentas, son los lugares tradicionales en donde se gesta una buena parte de los procesos deliberativos. La influencia que las nuevas tecnologías tienen sobre estos ámbitos resulta crucial para entender el proceso de transformación, no solo de la sociedad y sus integrantes, sino también de las instituciones y, en lo que aquí interesa, de la expresión y de la deliberación democrática.

La transformación de las comunicaciones “cara a cara” en otros esquemas de intercambio es una de las principales consecuencias del proceso descrito. Esta ha modificado la arquitectura social y el concepto de espacio público y, con ello, el ejercicio a la libertad de expresión. Ahora bien, ¿cuáles son las consecuencias de este cambio?

En primer término, resulta común entender que, cuando los espacios de debate son amplios y existe mayor diversidad en el intercambio de ideas, la expresión es más enriquecedora y cumple con su principal función: transformarse en un “libre mercado de ideas”. Este es un elemento fundamental para el proceso deliberativo y un mecanismo tendiente a cuestionar las premisas existentes para refutarlas o confirmarlas y así construir el conocimiento. Cuando no hay separación tajante entre diferentes tipos de pensamiento, la libertad de expresión es más fructífera y cumple con su cometido.

Por el contrario, cuando las posturas divergentes no se encuentran o cuando el “debate” se produce entre aquellos que sostienen las mismas ideas, la libertad de expresión no cumple con su objetivo, pues no existe una auténtica deliberación. De hecho, al no mezclarse las diferentes posturas, las mayorías y minorías se mantienen estáticas causando el efecto contrario que toda democracia deliberativa debería generar: que la composición de ambos grupos varíe de manera constante de acuerdo a nuevos argumentos.

El primer cambio significativo que las redes sociales han tenido en lo respectivo a la reformulación del concepto de espacio es que la actividad desarrollada en este universo no pertenece al mundo físico, sino que el ciberespacio pertenece al mundo metafísico, lugar en donde el Estado encuentra numerosos escollos para llevar su actividad regulatoria.

La segunda cuestión implica que los espacios creados por Internet y las redes sociales

impulsan a las personas a agruparse entre aquellas que comparten mismos pensamientos e ideas y a no mezclarse con los detractores o intentar debatir con ellos. Este tipo de comportamiento no se explica desde el derecho –ciencia que analizará las consecuencias desde su campo de estudio, pero no podrá echar luz sobre las causas– sino desde las ciencias del comportamiento.

Existe una tendencia natural del ser humano llamada "aversión a la pérdida" (*loss aversion*) a través de la cual las personas prefieren evitar pérdidas a obtener ganancias. Las redes sociales (por ejemplo, *Twitter*) ofrecen un enorme incentivo, pero este tipo de comportamiento a través de los *hashtags*, que no son más que pequeños universos creados en el ciberespacio para que las personas que comparten una determinada opinión se reúnan sobrellevando todo tipo de barrera física, sin dejar la posibilidad de que su postura sea cuestionada o refutada. Las redes sociales ofrecen mecanismos sencillos para poder encontrar opiniones compartidas y, a la vez, para mantener alejados –o bloqueados– a aquellos que no comparten nuestro parecer; esto genera una importante polarización entre opiniones contrapuestas (Sunstein, 2017).

Lo expresado se ve agravado por las enormes masas de datos existentes en la red. Esta circunstancia, que a primera vista puede ser interpretada como una ventaja para el ejercicio de la libertad de expresión y los procesos de deliberación democrática analizados a través de la ciencia del comportamiento, genera resultados adversos. Ello se debe a que dicha particularidad del ciberespacio obliga a usar filtros para precisar lo que se pretende buscar.

La consecuencia natural de cualquier búsqueda dentro de esta gigantesca masa de información es la de dirigirse al contenido que no confronte de manera directa con las creencias, concepciones e ideas preexistentes. La polarización creada termina resultando contraproducente para cualquier proceso deliberativo.

La particularidad más importante del espacio diseñado por Internet y las redes sociales se completa con los canales existentes para la propagación de la información. Las cibercascadas (*cybercascades*) constituyen un fenómeno generado dentro del espacio virtual, que consiste en la rápida vía de propagación que la información tiene y que, en la mayoría de los casos, genera un efecto dominó con una velocidad inimaginable dentro del mundo físico (Sunstein, 2017).

Por los motivos expresados, la reformulación del concepto de espacio a partir de estas



nuevas herramientas tecnológicas no aumenta las posibilidades de deliberación, sino que, por el contrario, las disminuye ostensiblemente. Por este motivo, nuestra expresión, a menos que tomemos una actitud reñida con la forma natural de actuar, quedará subsumida a compartir opiniones solo entre aquellas personas entre las que existe una visión en común. Confrontar ideas será más difícil, pues la mecánica de las redes sociales y el comportamiento humano hacen a las personas proclives a vincularse solo con aquellos que comparten las visiones propias.

La polarización producida en las redes sociales no es más que una consecuencia de los esquemas de discusión limitados (*limited argument pools*) que impiden llevar adelante un intercambio heterogéneo. A su vez, su único resultado efectivo es que las personas que comparten visiones se agrupan entre ellas de manera sencilla y rápida. De esta forma, se deja afuera a aquellos que pueden aportar enfoques diferentes. Asimismo, la rápida dispersión de la información a través de las cibercascadas impide la maduración de la discusión y genera una vorágine de información que, en muchos casos, no permite obtener resultados concretos en los procesos de discusión.

En suma, la mecánica provista por las redes sociales tendiente a facilitar la polarización, junto con el comportamiento que se orienta a filtrar las enormes masas de datos en consonancia con las creencias y pensamientos previos, hacen que la concepción de espacio sea, en realidad, mucho más estrecha que la del mundo físico.

## **B. REDES SOCIALES Y LIBERTAD**

Como fue desarrollado previamente, la libertad constituye el elemento fundamental de la democracia liberal, pues construye la autonomía del individuo. La libertad de expresión no es más que una pincelada fundamental de aquella.

Hasta ahora, hemos analizado de qué manera Internet y la mecánica de interacción propuesta por las redes sociales impactaron negativamente en el concepto de espacio –factor fundamental en el ejercicio de la libertad de expresión–. A continuación, desarrollaremos otro tema que resulta clave para entender la influencia de las redes sociales en el ejercicio de la democracia en general y en los procesos deliberativos en particular. Nos referimos a la forma en la que las redes pueden transformarse en manipuladores de nuestras acciones

afectando nuestra capacidad de decisión y, consecuentemente, nuestra libertad.

En el punto anterior partimos de una premisa engañosa: que las nuevas tecnologías han llegado para potenciar nuestras libertades, que permiten una comunicación sin intermediarios, que potencian los recursos de búsqueda y en la que la información disponible es mayor. Si bien esto puede resultar cierto parcialmente, el panorama idílico descrito no existe. El concepto de espacio queda fuertemente reducido a través de la explotación de ciertas particularidades del comportamiento natural del ser humano. Como si esto no fuera suficiente, las redes sociales generan una importante influencia en nuestras decisiones.

Por un tiempo, se pensó que Internet iba a "re-democratizar" el mundo, pues la democracia requiere que los ciudadanos vean las cosas desde diferentes puntos de vista, y ello les permite formar un juicio más amplio. Hoy en día, existen sobradas pruebas para afirmar lo contrario ya que Internet, no solo no rompe barreras, sino que, por el contrario, crea "burbujas" que sirven para personalizar los resultados, mostrando solo aquello que se pretende mostrar. Dicho en otras palabras, tiene la capacidad de direccionar nuestra opinión hacia los fines deseados y lograrlo de una manera casi imperceptible a simple vista. Ahora bien, ¿cómo ocurre esto?

La búsqueda de información en Internet presenta ciertas particularidades que hacen que los datos suministrados no sean producto de una búsqueda libre, sino de una deliberada intención de mostrar solo algunas cosas. Esto se logra a través de la utilización de algoritmos que "personalizan" las búsquedas en función de una recolección previa de información. Eli Pariser (2011), uno de los principales exponentes en esta materia, sostiene que mientras algunas grandes compañías como *Google* protegen la información personal que les es brindada –o al menos dicen hacerlo–, otros sitios *web* o aplicaciones no lo hacen. Detrás de esas páginas de Internet, cada persona brinda numerosos datos personales que forman parte de un enorme mercado de información. La sustracción de esa información, que es brindada voluntariamente por las personas, es llevada adelante por empresas más pequeñas tales como *BlueKai* o *Acxiom*<sup>3</sup>.

Cada *click* constituye un *commodity* que muchísimas compañías observan, interpretan y dan valor a través de la posterior personalización de las búsquedas que se llevan adelante en la *web*. Internet no mostrará toda la información buscada, sino aquella que resulte más acorde a nuestras preferencias en función de recolecciones de datos previos. Dicho en otros términos,

las búsquedas son personalizadas y la democratización que Internet plantea no es más que una falsa premisa.

Eli Pariser (2011) explica que Internet funciona de manera sencilla: el sistema filtra toda la información mostrando solo aquella que resulta más afín en función de los datos recolectados previamente. Con la utilización de motores de predicción, que definen quiénes somos y qué hacemos, se crean universos de información para cada persona denominados “filtros burbuja” (*filter bubble*) que introducen tres dinámicas novedosas. La primera de ellas es que cada internauta está solo en esa "burbuja", la cual ejerce una fuerza centrífuga separando unos de otros. La segunda característica se trata de un filtro invisible; los métodos utilizados para mostrar los resultados son opacos y se desconoce de qué forma se llega a ellos. Incluso el hecho de que las personas no puedan elegir los criterios a través de los cuales se filtrará la información, hacen presuponer que los resultados obtenidos serán objetivos, circunstancia que resulta falsa. Finalmente, el hecho de entrar en esta "burbuja" no constituye una decisión voluntaria, como sí lo es elegir un determinado canal de noticias en los medios de comunicación tradicionales, sino que la burbuja va hacia el internauta en el proceso de navegación de la red, con lo cual evitarla es virtualmente imposible.

Si esto se complementa con los efectos que Internet y las redes sociales tienen sobre nuestro sistema cognitivo, la afectación a la libertad resulta palmaria y la imposibilidad de tomar decisiones libres se vuelve casi un hecho consumado. A contramano de las definiciones tradicionales del concepto de libertad –elemento básico de cualquier democracia y de cualquier proceso deliberativo–, el control que los motores de búsquedas de Internet efectúan en función de la información recolectada a través de las redes sociales constituyen una herramienta fundamental para direccionar la opinión de las personas.

A través de los argumentos expresados, queda en evidencia que las nuevas tecnologías no refuerzan el acceso a un mayor nivel de información, sino que, por el contrario, lo restringen solo a los resultados que los buscadores desean en función de recolecciones previas de datos. Esas enormes masas de información que cada individuo entrega son el nuevo Leviatán que dirige nuestras vidas; le quitan valor al concepto de democracia, en tanto el

---

<sup>3</sup> *Acxiom* por ejemplo, ha acumulado información personal equivalente al 96% de todos los estadounidenses. Esa información está compuesta por todo tipo de datos que van desde el historial crediticio de cada uno de ellos hasta la medicación comprada por Internet.

proceso deliberativo queda reducido a cenizas debido al vaciamiento de la libertad de expresión como derecho clave.

## VIII. CONCLUSIONES

La visión deliberativa de la democracia es una construcción que intenta explicar la legitimidad de las decisiones en ella adoptadas. En este contexto signado por el intercambio de opiniones y el flujo de información como elementos que nutren los procesos deliberativos en la toma de decisiones colectivas, la libertad de expresión funciona como un derecho clave para cualquier proceso deliberativo.

A partir de la revolución tecnológica encarnada en el surgimiento de Internet y las redes sociales, no solo resulta necesario repensar el contenido de la teoría democrática y de la libertad de expresión como derecho clave para los procesos deliberativos, sino también la relación creada entre los hombres y las máquinas. Internet, nacida como una herramienta que prometía revolucionar numerosos aspectos de la vida humana acercando a las personas —en lo que aquí interesa— potenciando los procesos de intercambio de opinión y la libertad de expresión, se ha transformado en un mecanismo tendiente a explotar las debilidades de la psicología humana. Esto no solo se produjo a través de la sustracción de la mayor cantidad de datos de aquellos que, día a día, navegan en la *web*, sino, además, generando dependencia al uso de redes sociales que retroalimenta las técnicas de sustracción. Ante dicha circunstancia, ha quedado evidenciado que este nuevo contexto tecnológico no hace más que crear un falso panorama de mayor libertad cuando, en realidad, genera efectos perniciosos sobre esta, limitando la libertad de expresión y, consecuentemente, vaciando de contenido la democracia y los procesos deliberativos que sirven para legitimar las decisiones adoptadas.

Negar la revolución tecnológica es imposible, pero resulta necesario repensar los nuevos límites de la teoría democrática en función de un fenómeno cada vez más presente y con una velocidad de expansión inimaginable. En caso de no detenerse a analizar el verdadero impacto que las redes sociales tienen en nuestras vidas, nos dirigiremos hacia un nuevo autoritarismo que tal vez no esté encarnado en la figura de dictadores o muros que separan ciudades a la mitad. Por el contrario, podría tratarse de un autoritarismo que, disfrazado con las prendas de la democracia y la libertad de expresión, tenga la capacidad suficiente de convencernos de que vivimos en un mundo libre y democrático, cuando en realidad somos

conejillos de indias permanentemente espiados y fácilmente manipulables.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- Bianchi, E. T. y Gullco, H. V. (1997). *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*. La Plata, Argentina: Librería Editora Platense S.R.L.
- Dryzek, J. S. (2000). *Deliberative democracy and beyond. Liberal, Critics, Contestations*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Elster, J. y Slagstad, R. (2000). *Constitucionalismo y Democracia*. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Fiss, O. M. (1998). *The irony of free speech*. London, United Kingdom: Harvard University Press.
- Gelli, M. A. (2011). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ta Edición Ampliada y Actualizada*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Hauser, G. A. (1998). Vernacular dialogue and the rethorality of public opinion. *Communication Monographs* 65(2), 83–107.
- Hayek, F. A. (2011). *The constitution of liberty*. London, United Kingdom: Routledge.
- Hobbes, T. (2003) *Leviatán*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Mill, J. S. (1985). *On Liberty*. London, United Kingdom: Penguin Classics.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Nino, C. S. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, España: Gedisa.
- Pariser, E. (2011). *The Filter Bubble. How the new personalized web is changing what we read and how we think*. London, United Kingdom: Penguin Books.
- Sadin, E. (2017). *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*. Buenos Aires, Argentina: Caja Negra.
- Schumpeter, J. A. (1942). *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York, United States: Harper.
- Simondon, G. (2007). *El modo de existencia de los objetos técnicos*. Buenos Aires,

Argentina: Prometeo.

Sunstein, C. R. (2017). *Republic: Divided democracy in the age of social media*. United States: Princeton University Press.

Tarleton, G. (2010). The politics of platforms. *New Media and Society*, 12(3), 347–64.

Van Dijck, J. (2013). *The culture of connectivity. A critical History of Social Media*. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.

# **Razonabilidad y racionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina: dos ejemplos trascendentes**

## **Reasonableness and Rationality in the Precedents of Argentinian Supreme Court: Two Relevant Examples**

*Matías Pedernera Allende\**

### **RESUMEN**

Uno de los puntos centrales de la evolución del Estado de Derecho (del modelo legal al modelo constitucional) ha sido la creciente importancia de la argumentación constitucional. En el ámbito de la decisión judicial, la normatividad de los textos constitucionales ha hecho que la justificación de las sentencias deba ser cada vez más rigurosa, no solo por su relevancia pública e institucional, sino también por el control que pueda llegar a hacerse de ellas. En el contexto de dicha justificación, aparecen dos términos que resultan importantes: racionalidad y razonabilidad. Según el abordaje teórico actual, el primero tiene que ver con la corrección lógica y el segundo, con cierto equilibrio o justificación moral. En este trabajo se analizarán dos casos de la Corte Suprema argentina para extraer algunos elementos conceptuales de la noción de razonabilidad.

**Palabras clave:** razonabilidad, racionalidad, decisión judicial, Corte Suprema, control de constitucionalidad.

---

\* Abogado. Maestrando en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba) y en *Global Rule of Law and Constitutional Democracy* (Universidad de Génova/Universidad de Girona). Profesor adscripto de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (UNC).

## ABSTRACT

One of the main points in the evolution from a legal State model to a constitutional State model has been the growing importance of constitutional argumentation. In the scope of judicial decision, the normativity of constitutional texts has made that the justification of the judgments have to be more and more rigorous, not only for its public relevance, but in turn for the control that can be made of them. In the context of justification of judicial decisions, two important terms appear: rationality and reasonableness. According to the current approach, the first is related to the logical correction and the second with the notion of balance or moral justification. This paper will analyze two cases of the Argentinian Supreme Court to identify some conceptual elements of the notion of reasonableness.

**Key words:** reasonableness, rationality, judicial decision, Supreme Court, judicial review.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los puntos centrales de la evolución del Estado de Derecho (del modelo legal al modelo constitucional) ha sido la creciente importancia de la argumentación constitucional. En el ámbito de la decisión judicial, la normatividad de los textos constitucionales ha provocado que la justificación de las sentencias deba ser cada vez más rigurosa, no solo por su relevancia pública e institucional, sino también por la evaluación a la que son sometidas por parte de otros órganos jurídicos, de la doctrina y de la sociedad.

En el contexto de la justificación de las decisiones judiciales, aparecen dos conceptos fundamentales: racionalidad y razonabilidad. Los esfuerzos teóricos por esclarecer el significado de las expresiones han permitido dilucidar que, si bien algo puede ser racional, ello no implica que necesariamente sea razonable. Lo primero parecería aludir a la corrección lógica de la argumentación. Lo segundo parece ir más allá porque tiene en cuenta nociones tales como las de equilibrio, corrección moral y deferencia hacia ciertos elementos normativos (justicia, igualdad y dignidad, por ejemplo).



La jurisprudencia constitucional en general y la de la Corte Suprema argentina en particular no han permanecido ajenas a esta creciente exigencia de justificación de las decisiones judiciales. Por ello, de entre los abundantes precedentes del máximo tribunal argentino, se han seleccionado dos como punto de partida para el análisis y la reflexión acerca de las ideas de racionalidad y razonabilidad. De este modo, el presente trabajo procurará extraer algunos elementos conceptuales a partir de dos casos jurisprudenciales en los que la noción de razonabilidad ha resultado dirimente en la argumentación.

Se trata de los fallos “Reyes Aguilera” y “Q.C.”, ambos de la Corte Suprema argentina. La elección de estas sentencias tiene que ver con su trascendencia institucional. En efecto, ambas supusieron la revocación de lo decidido en instancias anteriores. De esta forma, la Corte –en su integración de los años 2007 y 2012– sentó jurisprudencia en cuanto a cómo debe ser el trato entre nacionales y extranjeros, cómo deben sopesarse los derechos sociales, cuáles son los alcances de la igualdad y de la dignidad de las personas y cómo debe efectuarse el juicio de razonabilidad. Sin pretender agotar todo el espectro jurisprudencial de la Corte sobre estos temas, los fallos aludidos constituyen hitos recientes en el control de constitucionalidad, a partir de los cuales se pueden extraer elementos conceptuales relativos a las ideas de racionalidad y razonabilidad.

## **II. LA DISTINCIÓN ENTRE LO RACIONAL Y LO RAZONABLE: EL CASO “REYES AGUILERA”**

El abordaje contemporáneo de las nociones de racionalidad y razonabilidad tiende a asumir una distinción entre ambos conceptos. Si bien es posible que cierto curso de acción sea razonable y racional al mismo tiempo, también es posible que aquello que es racional, en muchos casos, no sea razonable. En el ámbito práctico, al que pertenecen el derecho, la moral y la política, la conexión entre ambas nociones está dada por la idea de “razón para la acción”. Sintéticamente, lo racional parecería evocar adecuación en la estructura lógica. Sin embargo, lo razonable iría más allá de lo deducible, pues parece suponer prudencia y consideración de todas las circunstancias en juego (Zorzetto, 2015, pp. 111-112).

A los fines de analizar la distinción entre lo racional y lo razonable –y, particularmente, la determinación de lo razonable– se considerará, en primer lugar, lo resuelto por la Corte Suprema argentina en la causa “Reyes Aguilera c/ Estado Nacional” en el año 2007.

En el caso, se discutía la constitucionalidad de normas que regulaban el acceso a beneficios sociales para personas en situación de vulnerabilidad. En efecto, tales normas distinguían en función de si el candidato al beneficio era nacional o extranjero y, a la vez, establecían requisitos diferenciados para cada categoría. La controversia se inició por la presentación de los padres de una niña con discapacidad de nacionalidad boliviana, que, por no cumplir con los requisitos establecidos en esas normas, quedó excluida del beneficio.<sup>1</sup> La Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas con diversos fundamentos y dos disidencias.

En lo que sigue se analizarán los argumentos expresados en el voto concurrente de uno de los magistrados, Juan Carlos Maqueda. La estructura de su voto tiene dos partes. Por un lado, el juez se pregunta si es constitucional la distinción entre nacionales y extranjeros. Por el otro, si el requisito del plazo de veinte años de residencia en el país impuesto a los extranjeros para acceder al beneficio resulta razonable.

Respecto a lo primero, el juez Maqueda justificó la distinción entre nacionales y extranjeros. En pocas palabras, de acuerdo a su criterio, el trato diferencial se halla justificado cuando (i) guarda una relación razonable con los propósitos que persigue<sup>2</sup>, (ii) no tenga como único fundamento supuestos constitucionalmente prohibidos<sup>3</sup>, y (iii) sea

---

<sup>1</sup> Daniela Reyes Aguilera, nacida el 8 de agosto de 1989, padecía de tetraplejía espástica y ausencia de lenguaje verbal en carácter congénito. Obtuvo su radicación definitiva en la República Argentina en julio de 2001. El Ministerio de Acción Social y Medio Ambiente de la Nación (Comisión Nacional de Pensiones Asistenciales) le rechazó la solicitud de pensión por invalidez prevista en el art 9 de la ley. Su decisión se basó en que la niña no acreditaba una residencia mínima continuada en el país de veinte (20) años, requisito del decreto reglamentario N° 432/97.

La actora solicitó la declaración de inconstitucionalidad del art. 1º, inc. “e” del Decreto N° 432/97 por contrariar el principio de razonabilidad plasmado en el art. 28 de la Constitución Nacional, y por entender que la restricción al derecho había sido impuesta por el Poder Ejecutivo y no por el legislador. Asimismo, se alegó la vulneración de las garantías de igualdad, no discriminación en razón del origen nacional y los derechos a la vida, salud y seguridad social.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia el 4 de septiembre de 2017. Resolvió hacer lugar a la pretensión de la actora con cinco votos a favor y dos en disidencia.

<sup>2</sup> La distinción se halla justificada cuando “responda a intereses que involucren el bienestar general y que responden a una justificación razonable y proporcional en relación con los propósitos que se persiguen” (véase caso “Reyes Aguilera”, considerando 7, voto del juez Maqueda).

<sup>3</sup> “Las prohibiciones de discriminación implican un análisis y un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación en sí misma, la que habrá violado el límite constitucional cuando se verifique que el factor o supuesto prohibido es el único fundamento de aquélla” (véase caso “Reyes Aguilera”, considerando 8, voto del juez Maqueda).

razonable, proporcional y objetivo.<sup>4</sup> El parámetro a tener en cuenta será que las prestaciones en juego se relacionen con la transferencia de recursos económicos que, como tales, son escasos. De ahí la necesidad de establecer tal distinción.

Un primer elemento presente en la argumentación tiene que ver con la necesidad de buscar el equilibrio entre exigencias contrapuestas. En efecto, el cotejo de la distinción no se ha efectuado aisladamente, sino en relación con parámetros proporcionales. Según Maqueda, en la otra parte de la balanza se halla la escasez de recursos. Por eso, su decisión sopesa ambos factores hasta encontrar un equilibrio (Atienza, 1987, p. 191).

Ciertamente, sobre este punto, el juez podría haber considerado que la distinción era irrazonable, al darle un mayor peso a los factores que prohíben la distinción<sup>5</sup>, a fin de evitar la diferenciación de sus propósitos. Pero también, siguiendo estrictos criterios de racionalidad y profundizando uno de los factores de la decisión, podría haber justificado una discriminación tajante. En este sentido, si los derechos económicos y sociales versan sobre recursos escasos, puede ser racional excluir de su goce a personas que no forman parte de la comunidad política. Se trata de una visión autointeresada, pero no por ello necesariamente irracional (Sibley, 1953, p. 556).

El otro punto de la decisión tiene que ver con el plazo de residencia en el país, impuesto por las normas a los extranjeros para acceder al beneficio social. Para verificar la razonabilidad del plazo de veinte años de residencia, el voto aludido considera los fines de las normas que conceden beneficios sociales: dignidad, subsistencia mínima, salud, protección a la familia y situación socioeconómica de gravedad extrema.

En relación con ello, concluye que el plazo impuesto resulta exorbitante porque sería un obstáculo para el acceso al beneficio. Por tal motivo, considera que la medida no guarda una relación proporcional con los fines de la distinción, ni con los fines del derecho

---

<sup>4</sup> “El término distinción ‘se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará [...] para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable” (véase caso “Reyes Aguilera”, considerando 10, voto del juez Maqueda).

<sup>5</sup> El artículo 20 de la Constitución argentina prohíbe la discriminación entre nacionales y extranjeros, y reza del siguiente modo:

Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

asistencial. Además, argumenta que la habilitación constitucional para distinguir entre nacionales y extranjeros no implica que los requisitos que se imponen a unos y a otros no deban ser razonables.<sup>6</sup>

Respecto de la primera razón, la exorbitancia del plazo impuesto implica que se trate, más bien, de un plazo arbitrario y excesivo. De ese modo, rompe con la noción de equilibrio inherente a lo razonable y, también, con la idea de aceptabilidad (Atienza, 1987, p. 191). Es decir, si se admite que no debe discriminarse a las personas por ser extranjeras, la imposición de una carga excesiva –como la del plazo de veinte años– convierte a esta medida en algo que difícilmente la comunidad democrática pueda aceptar.

La segunda de las razones esgrimidas en el voto en cuestión tiene que ver con la idea de proporción o ajustamiento entre dos términos (Bazán & Madrid, 1991, p. 181) y, más precisamente, con la idea de equilibrio que ya ha sido aludida. En efecto, un plazo de tal magnitud produce un desajuste tan significativo que resulta casi imposible vincularlo con una finalidad constitucional. Más bien, parece ligarse con justificaciones inconstitucionales, como las de impedir el acceso de los extranjeros a este tipo de beneficios. En otras palabras, un caso de discriminación semejante a los que el juez, en la argumentación precedentemente citada, trató de descartar.

Finalmente, la tercera razón de este punto tiene que ver con la necesidad de establecer requisitos razonables respecto tanto de nacionales como de extranjeros. Si bien, nuevamente, se vincula con la prohibición de discriminación, la razonabilidad alude también a la noción de equidad. Es decir, se trata de considerar a los demás desde un lugar desinteresado, desde la posición de un observador imparcial. En otras palabras, se trata de considerar los intereses de los otros –extranjeros– a la par de los propios intereses –nacionales– (Sibley, 1953, p. 557).

---

<sup>6</sup> “La habilitación constitucional para establecer diferencias entre nacionales y extranjeros no releva al legislador de establecer requisitos razonables para unos y para otros de manera de no alterar el derecho que se pretende reconocer, para ello debe ponderar adecuadamente el sentido que da origen a las categorías y la relación sustancial entre ellas y los medios que elige para no desconocer el principio constitucional de igualdad” (véase caso “Reyes Aguilera”, considerando 15, voto del juez Maqueda).

### III. EL CONTROL DE RAZONABILIDAD DE LAS DECISIONES PÚBLICAS: EL CASO “Q. C., S.”

#### A. EL LLAMADO “TEST DE RAZONABILIDAD”

La historia institucional de la Corte Suprema muestra que este tribunal se ha pronunciado en numerosas oportunidades acerca de la constitucionalidad de leyes que implementaban políticas públicas. Por nombrar algunos ejemplos relevantes: “Empresa Plaza de Toros” (1869), “Hileret” (1903), “Ercolano” (1922), “Avico” (1934), “Cine Callao” (1960), “Peralta” (1990), “Cocchia” (1993), “Montalvo” (1990), “Arriola” (2009), “Q. C., S.” (2012), “Clarín” (2013), etc. En este sentido, se ha advertido que el modo en que los tribunales argentinos efectúan el análisis de razonabilidad de las políticas públicas es, más bien, de índole general, y que carece de parámetros que permitan un grado de predicción sobre su modo de aplicación (Sapag, 2008, p. 168).

La cuestión sobre la posibilidad de que los jueces verifiquen la razonabilidad de las políticas públicas adoptadas por los poderes políticos admite, al menos, dos posiciones. Por un lado, la que sostiene que este control debe limitarse a verificar si la política produce la afectación del núcleo esencial de algún derecho constitucional (Cianciardo, 2007, p. 255).<sup>7</sup> Por otro lado, la que afirma que el análisis de razonabilidad no debe limitarse a ello, sino que debe extenderse a un control más amplio de la política pública.

El punto de partida de la primera posición podría denominarse “institucional”. Se concibe al Poder Legislativo como el encargado de diseñar las políticas públicas y al Poder Judicial como el garante de los derechos fundamentales. Así, si las políticas públicas instrumentadas en la ley lesionan el contenido esencial de algún derecho fundamental, entonces se activa el control jurisdiccional.

Por otra parte, otro de los postulados de esta posición (que ha sido sostenido largamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina) es la distinción entre el control de constitucionalidad y el examen de mérito, oportunidad y conveniencia de las decisiones legislativas y administrativas. Ello no solo como imperativo del principio de división de

<sup>7</sup> La llamada “doctrina del contenido esencial de los derechos” ha sido desarrollada en el ámbito del derecho constitucional español y señala que los derechos fundamentales se componen de dos áreas diferenciadas: un contenido esencial y un contenido no esencial. El segundo de estos es regulable y limitable por las leyes, mientras que el primero no admite alteraciones *so pena* de desnaturalizar el derecho del que se trata (Cianciardo, 2007).

poderes, sino también porque las normas constitucionales colocan un marco de posibilidades y opciones igualmente válidas a disposición de los poderes públicos.<sup>8</sup>

Asimismo, si la misión de la judicatura se traduce en el resguardo del contenido esencial de los derechos, analógicamente el campo de lo judicialmente exigible sería acotado. Es decir, hay una distinción entre lo que requieren los derechos humanos como aspiraciones ético-jurídicas, que va dirigida a los poderes políticos, y aquello que es efectivamente exigible, que queda en cabeza del Poder Judicial.

Finalmente, si en el contexto de este control de razonabilidad se advirtiesen problemas de omisiones constitucionales o insuficiencias de la política pública, el Poder Judicial debería limitarse a declararlo de ese modo y a exhortar a los poderes políticos a subsanar ese vicio. Si la judicatura no respetase ese límite, se convertiría en una suerte de “tercera cámara legislativa” (Santiago, 2014, pp. 303-304).

Por otra parte, la otra posición acerca de la pregunta por el control de razonabilidad de las políticas públicas sugiere que este debe ser un examen amplio e intenso. Es decir, se deberá determinar si la limitación legislativa de los derechos constitucionales es imprescindible para alcanzar el objetivo establecido y si no existe otro medio alternativo para alcanzarlo que sea menos limitativo de derechos.

Uno de los posibles puntos de partida de esta posición es la consideración de los derechos humanos como mandatos de optimización que exigen la protección más amplia posible de cada uno de los derechos. Ello solo sería posible mediante un examen intenso de razonabilidad en todos los casos.

En relación con ello, la aplicación de la idea de debido proceso sustantivo requiere examinar a fondo el medio elegido por el legislador para llevar adelante la política pública y verificar si es el menos restrictivo del derecho constitucional afectado. De existir otros medios menos restrictivos, pero igualmente idóneos para alcanzar las finalidades de determinada política pública, la limitación del derecho en cuestión no sorteará el test de razonabilidad.

---

<sup>8</sup> En este sentido, tiene dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense que “un Estado es libre de adoptar cualquier tipo de política económica que considere razonable para promover el bien común y para promover dicha política con normas dirigidas a tales fines” [291, U.S., 502, 547 (1934)].

En la práctica constitucional actual, la Corte Suprema argentina viene efectuando este análisis intenso en relación con algunos derechos o libertades preferidas, entre las que figuran el derecho a la igualdad y no discriminación. En dichos casos, el tribunal supremo ha echado mano de metodologías y estándares del escrutinio estricto proveniente de la jurisprudencia estadounidense.<sup>9</sup> También ha efectuado un análisis profundo en los casos de libertad de expresión, inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio.

Siguiendo a Santiago (2014), es posible extraer las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el juez tiene que examinar si las determinaciones de la ley en el caso concreto sometido a su juzgamiento lesionan significativamente el contenido esencial de algún derecho constitucional de las partes del pleito y, en tal caso, invalidarla. Este juicio es distinto y más decisivo que el que supone la evaluación de la razonabilidad de la política pública establecida en la ley. A la hora de la definición de ese contenido esencial en los distintos derechos, es importante atender al bien humano que está protegido (y al grado de disponibilidad que tiene de este), a la finalidad que se pretende alcanzar con su reconocimiento, y a su armonización con otros derechos y con las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Por otra parte, el juez debe también examinar la razonabilidad básica de la ley que contiene la política pública, a saber: que ella persiga fines constitucionalmente válidos y que haya elegido medios legítimos y proporcionales para alcanzarlos. El juzgador debe, por tanto, efectuar los juicios de adecuación y de proporcionalidad para asegurar esos parámetros básicos de razonabilidad, y verificar así el respeto de los contenidos esenciales del derecho constitucional al debido proceso sustantivo.

En determinadas materias, cabe admitir un control de razonabilidad diferenciado y más intenso, como ocurre en el caso de las leyes que establecen distinciones en razón de la raza, el sexo, la nacionalidad, etc., o aquellas que regulan algunos aspectos de la libertad de expresión, o bien afectan a la libertad religiosa. En tales supuestos, el control de razonabilidad puede ser más intenso.

En conclusión, con respecto a este punto, lo cierto es que el paradigma del Estado Constitucional de Derecho ha provocado un cambio en la intensidad del control. De tal

---

<sup>9</sup> Véanse “Repetto” (311:2272), “Gottschau” (329:2986), “Mantecón Valdés” (331:1715) y “González de Delgado” (Fallos, 323:2659), entre muchos otros.

modo, si bien el principio de división de poderes mantiene inalterada su vigencia en el diseño institucional, la eficacia de los derechos fundamentales impide que los poderes públicos se desentiendan de sus obligaciones basándose en la excusa que fuere (aunque, particularmente, en excusas institucionales). En relación con ello, el rol institucional del Poder Judicial ha adquirido cierta preeminencia en la tarea de ser garante final de la Constitución y de los derechos por ella consagrados.

#### **B. EL CASO “Q. C., S. Y. C/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/ AMPARO”**

En el presente apartado se analizará el caso de la Corte Suprema argentina “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” dictado en 2012<sup>10</sup>, y su contribución a la determinación de la noción de control de razonabilidad.

En la causa, una mujer habitante de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por sí misma y en representación de su hijo menor de edad con discapacidad, inició acción de amparo contra el gobierno de la Ciudad. Ello con el objetivo de que cese en su conducta ilegítima de no incluirlos en programas de vivienda y tampoco proporcionarles alternativas para salir de su “situación de calle”. La acción se justificó en el derecho a la salud, dignidad y vivienda.

El punto de la argumentación que aquí se tomará en cuenta tiene que ver con el control de razonabilidad que el voto mayoritario hace de la conducta (omisiva) del Estado demandado<sup>11</sup>. Para los jueces, el control de razonabilidad (i) es inherente a los derechos

---

<sup>10</sup> La señora Q.C., de nacionalidad boliviana, llegó a Buenos Aires en el año 2000. En el año 2005, nació su hijo con una enfermedad neurológica congénita que lo incapacitó motriz, visual, auditiva y socialmente. Tras haberse quedado sin hogar, solicitaron un subsidio al Gobierno de la Ciudad (sistema regulado por el decreto 690/06, modificado por los decretos 960/08 y 167/11). Efectivizada la décima cuota, se les rechazó la renovación del beneficio. Con un amparo, la actora perseguía la cesación de la conducta ilegítima de la demandada, consistente en negarle a la actora la inclusión en programas de vivienda. Concretamente se reclamaba el acceso a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad que preserve la integridad familiar. Se dejó reserva de que en caso de otorgarse un subsidio éste debía ser idóneo para satisfacer las condiciones señaladas, ya que la normativa de la Ciudad subordinaba el otorgamiento a la disponibilidad de recursos y si se otorgaban, éstos consistían en seis cuotas de 450 pesos.

Para sustentar la demanda, la amparista solicitó la inconstitucionalidad de normas. Debido a que dichas modificaciones, según la actora, resultaban regresivas y vulneraban normas constitucionales y derechos consagrados en pactos internacionales. La actora llegó a la Corte Suprema por medio de recurso de queja. El tribunal hizo lugar a la pretensión de la actora mediante un fallo dictado el 24 de abril de 2012 y revocó la decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>11</sup> La mayoría estuvo integrada por los jueces Lorenzetti, Highton, Fayt, Maqueda y Zaffaroni.



fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada<sup>12</sup>; (ii) tiene que ver con los principios de justicia rawlsianos, por lo que debe promoverse la igualdad en la distribución de recursos (las únicas desigualdades justificadas son aquellas que establecen mejoras para los más desfavorecidos)<sup>13</sup>; (iii) los derechos fundamentales poseen una garantía mínima que constituye un límite a la discrecionalidad de los poderes públicos; y (iv) para que la garantía opere, debe acreditarse una amenaza grave para la existencia misma de la persona.<sup>14</sup>

Como conclusión, en el contexto de un control de razonabilidad, los jueces afirmaron que “la razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.<sup>15</sup>

El llamado control de razonabilidad, así desarrollado, se da en el contexto de decisiones gubernamentales que son discrecionales. Es decir que la corrección de la decisión que se adopte en este contexto puede variar dependiendo de las situaciones y, a su vez, si bien los cursos de acción a adoptarse se encuentran normativamente regulados, no es posible establecer *a priori* una respuesta correcta sin adentrarse en las circunstancias del caso. En otras palabras, quien se halle en ejercicio del gobierno debe ejercitar una suerte de “discernimiento” para evaluar cuál es la solución correcta en un caso dado (Hart, 2013, p. 5).

Ahora bien, este control de razonabilidad procura excluir del ámbito del diseño de las instituciones a dos perfiles de gobernantes: el gobernante inmoral y el gobernante inflexible (Cuono, 2012. El perfil de agente público que procura ese control es el de aquel que sigue los mandatos de la razón práctica (Lucas, 1963, p. 101). Aquello que *debe* hacerse en el ámbito de la reglamentación discrecional de los derechos está dado por el

---

<sup>12</sup> Es decir, que necesitan de la reglamentación del legislador para ser plenamente operativos.

<sup>13</sup> Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos” (véase caso “Q.C.”, considerando 12, voto de la mayoría).

<sup>14</sup> Para el voto mayoritario “[e]stos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle” (véase caso “Q.C.”, considerando 12, voto de la mayoría).

<sup>15</sup> Véase caso “Q.C.”, considerando 12, voto de la mayoría.

respeto del principio de igualdad, del principio de diferencia (condición ii) y por una consideración hacia la existencia de la persona, que tienda a excluir las amenazas contra esta (condición iv). La maximización de estos estándares asegura corrección en la decisión del gobernante y tiende a apuntalar un resultado defendible desde el punto de vista moral.

El control de razonabilidad busca excluir también la idea de un gobernante inflexible. Es decir que debe encontrarse abierto a las razones de los otros. La justificación teórica de ello tiene que ver con la idea de razón argumentativa que busca la construcción de criterios para identificar la mejor forma de convivencia posible. En particular, procura la interpretación moral de los derechos fundamentales. Precisamente esto es lo que surge del voto analizado: los derechos limitan la discrecionalidad cuando se afecte su contenido mínimo (iii), el que está dado por la existencia misma de la persona (iv) (podría decirse, de su dignidad).

Por otra parte, Cuono (2012) ha sistematizado algunos de los significados posibles de razonabilidad, algunos de los cuales coinciden en el contenido del control de razonabilidad. Así, por un lado, el autor se refiere a lo irrazonable como inicuo. Es decir, aquello que, aunque puede no presentar problemas de justicia a nivel general (por ejemplo, porque se halla sujeto a un margen de discrecionalidad), sí puede hacerlo a nivel particular, cuando –como en el caso– se halla comprometida la propia existencia de las personas y esto demanda una corrección.

Asimismo, el autor asocia lo irrazonable con lo discriminatorio. En efecto, el voto analizado coloca como condición del control de razonabilidad al principio de igualdad en los términos de la teoría de la justicia de John Rawls. Por lo que admitir una injustificada distribución de recursos o excluir la introducción de diferencias a favor de los menos favorecidos sería un caso de irrazonabilidad.

A su vez, la irrazonabilidad puede ser entendida como inmoralidad, en el sentido de contrariar estándares morales fundados en un cognitivismo ético. Esto se verifica también en el control de razonabilidad delineado por la Corte argentina. Esta estableció a los derechos fundamentales como parámetros de corrección moral y, en particular, por la referencia a un contenido mínimo (y básico) de esos derechos que tiene que ver con la consideración de la persona humana.

Desde otra perspectiva, es posible establecer un paralelismo entre la idea de control de razonabilidad plasmada en este caso y el análisis de razonabilidad realizado por la Corte en el caso “Reyes Aguilera”. En ese precedente, se rechazó por irrazonable la imposición de un plazo de veinte años como condición para acceder a un beneficio social. Tanto en aquel caso como en este, se trató de elementos que resultaban exorbitantes (plazo excesivo, omisión grave). De hecho, el estándar de control de razonabilidad identificado en este caso puede ser aplicable al caso anterior en el sentido de que i) la fijación del plazo para acceder al beneficio era discrecional; ii) la exorbitancia del plazo de veinte años era claramente lesiva del principio de igualdad (y de diferencia); iii) y iv) se trataba de una niña extranjera en situación de discapacidad que no podía acceder al beneficio por el plazo impuesto. Esto también afectaba la existencia misma de una persona y, de ese modo, su derecho a la vida y la salud limitaba la discrecionalidad del gobierno.

La diferencia entre ambos precedentes tiene que ver con la ausencia de ajustamiento entre dos términos que se da en el presente caso. En efecto, no puede determinarse si, en este caso, el medio elegido para la consecución de un fin resulta idóneo o razonable porque, precisamente, la conducta del Estado demandado consistió en una omisión que impedía el acceso al derecho a la vivienda.

#### **IV. LA NOCIÓN DE DIGNIDAD HUMANA COMO PARÁMETRO DE RAZONABILIDAD**

En este último apartado se tomarán diversos argumentos brindados por los jueces de la Corte Suprema argentina en los casos “Reyes Aguilera” y “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, que fueron objeto de análisis en el desarrollo precedente. El punto a considerar en esta oportunidad será el recurso a la idea de dignidad humana en el marco de la argumentación referida a la razonabilidad.

De este modo, es posible identificar al menos cuatro referencias a la idea de dignidad humana (tres en el primer caso, una en el segundo).

El primer sentido en el que se hace referencia a la noción de dignidad es el de principio interpretativo. Así, en el marco de la argumentación de “Reyes Aguilera” los jueces invocaron el principio a favor de la justicia social. De acuerdo con ello, una interpretación razonable de las normas es aquella que se efectúa en favor de “quienes al serles aplicadas

con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el ‘bienestar’, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad”.<sup>16</sup>

De este argumento es posible inferir dos de las características de la dignidad identificadas por Luther (2007). Por un lado, se hace referencia a la dignidad como un estatus elevado. El autor describe una serie de posibles justificaciones de ese carácter excelso que en la sentencia no se explicitan. No obstante, queda claro que esa cualidad es inherente al carácter de persona humana, y que no se respeta esa cualidad cuando no se promueven las condiciones que le permiten desarrollarse.

La otra característica tiene que ver con el recurso a la noción de dignidad como criterio interpretativo. Luther ha identificado a esta posición como una postura formal en la que la idea de dignidad no es un derecho fundamental en sí mismo, sino que tiene la función de dirigir el modo en que se interpretan los derechos fundamentales. En el caso, se aprecia la normatividad de la idea de dignidad en el sentido de que *se debe* aplicar el principio en favor de la justicia social, porque ello promueve la dignidad de los beneficiados. Por el contrario, la no aplicación de ese principio afectaría negativamente a la dignidad.

El segundo sentido en que se hace referencia a la idea de dignidad humana se da en el contexto de la argumentación acerca de cuándo las distinciones que efectúa el Estado son irrazonables. De este modo, se señaló que el uso del término discriminación “se utilizará [...] para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable”. Luego, se indicó que no toda diferencia de tratamiento por parte del Estado frente al individuo es un caso de discriminación. Según la sentencia, habrá discriminación cuando los fines perseguidos por la distinción sean “arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”.<sup>17</sup>

De este modo, se observa que los casos de discriminación se configuran cuando las distinciones no son razonables. A su vez, la razonabilidad queda excluida en los casos de capricho, arbitrariedad o lesión a la dignidad humana. Entonces, podría afirmarse que existe una continuidad entre las nociones de arbitrariedad y de lesión a la dignidad. En

---

<sup>16</sup> Véase caso “Reyes Aguilera”, considerando 15, voto del juez Maqueda.

<sup>17</sup> Véase caso “Reyes Aguilera”, considerando 10, voto del juez Maqueda.

efecto, como ha explicado Recasens Siches (1997, p. 108), lo arbitrario responde a un “porque sí” o más precisamente a la contradicción de una “regularidad inviolable”.

Así las cosas, puede pensarse en casos de arbitrariedades que no violen la dignidad humana<sup>18</sup> y en casos que sí la violen. Todos ellos se tratarán de rupturas de regularidades que son inviolables, pero la más grave de ellas será aquella que afecte la dignidad humana. En este sentido, la dignidad opera como “contra límite” (Luther, 2007, p. 305). Es decir que a la libertad del legislador para efectuar distinciones (imponer límites razonables a la igualdad) puede serle opuesta la dignidad como una barrera que preserva a esa facultad de caer en arbitrariedad.

El tercer sentido en que se emplea el concepto de dignidad humana se da en el contexto de la evaluación de la razonabilidad de una medida legislativa (imposición de un plazo de veinte años para extranjeros) en cuanto a su adecuación respecto de la finalidad perseguida por normas que conceden beneficios sociales. De este modo, como surge del voto del juez Maqueda en el caso “Reyes Aguilera”, dicha finalidad involucra determinados derechos fundamentales como la dignidad, la subsistencia mínima, o la salud.<sup>19</sup>

Como se aprecia, la argumentación menciona a la dignidad como un derecho fundamental junto con otros. Ciertamente, en el contexto del argumento sería más sencillo precisar cuál es el alcance de los derechos a la subsistencia mínima o a la salud, pero no sería tan fácil hacer lo propio con el “derecho a la dignidad”. Esto puede incluir la idea de un “derecho a tener derechos” (Luther, 2007, p. 307) o, más pacíficamente, la idea de un trato adecuado a la persona humana por el hecho de ser tal, lo que, a su vez, constituye la base y justificación de los demás derechos.

---

<sup>18</sup> Aunque pensándolo en un contexto de discriminación y de afectación del principio de igualdad, probablemente siempre haya lesión a la dignidad humana.

<sup>19</sup> “En efecto, teniendo en consideración los fines perseguidos por las normas que conceden el beneficio y la naturaleza de los derechos fundamentales que se encuentran involucrados –dignidad, subsistencia mínima, salud, protección a la familia, situación socio económica de gravedad extrema– y las obligaciones estatales en la materia, respecto de las cuales el art. 75 inc. 23 impone un mandato constitucional de acciones positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto, entre otros, de las personas con discapacidad, el plazo de 20 años exigido a los extranjeros para poder gozar de los beneficios de la pensión luce manifiestamente irrazonable en los términos del art. 28 de la Constitución Nacional”. Véase caso “Reyes Aguilera”, considerando 15, voto del juez Maqueda.

Finalmente, en cuarto lugar, en el caso “Q. S., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” se formuló un test de control de razonabilidad que incluía dos estándares que señalaban que los derechos fundamentales poseen una garantía mínima y que esa garantía operaba cuando se acreditaba una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Si bien de allí no surge una mención explícita a la idea de dignidad humana, es posible identificarla cuando se hace referencia a la existencia misma de la persona humana.

Es decir, hay algo en la existencia de la persona humana que posee un valor elevado y que tiene alguna relación normativa con el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, con la tarea de los jueces y legisladores. En el test mencionado, es posible identificar nuevamente las ideas de límite al accionar público y de justificación de los derechos fundamentales, ambas asociadas al concepto de dignidad humana y a la noción de razonabilidad o no arbitrariedad.

El recurso a la noción de dignidad humana supone una garantía de razonabilidad en la interpretación y aplicación del derecho. En efecto, la práctica jurídica en general y la constitucional en particular requieren de un criterio orientador en la toma de decisiones. La pregunta acerca de cuál es la finalidad de la práctica jurídica puede hallar en la idea de dignidad una respuesta adecuada.

Así, como destaca Zambrano (2009),

si no todas las prácticas, al menos sí las prácticas constitucionalizadas aspiran a una coherencia en la adjudicación del Derecho que trasciende una perspectiva formal. Junto a esta aspiración formal, y justificándola, las prácticas constitucionales acogen la aspiración de fondo de que, antes de ser tratadas en forma igual a otras personas o sujetos de Derecho, las personas sean tratadas ‘igual a sí mismas’, esto es, ‘igual a como se debe tratar a una persona’ en un sentido anterior o previo al sentido jurídico. Lo que más propiamente define al Derecho como un orden de razón en el seno de una práctica constitucionalizada no es tanto o únicamente el trato ‘igual’ entre sujetos distintos, sino el trato ‘igualmente apropiado’ a los sujetos de derecho o personas en sentido jurídico (p. 122).

## V. CONCLUSIÓN

El voto del juez Maqueda, en el caso “Reyes Aguilera” de la Corte Suprema argentina constituye un valioso punto de partida para el análisis de la distinción entre racionalidad y razonabilidad. Uno de los puntos decisivos en el aludido caso tuvo que ver con el control

de la constitucionalidad de un plazo de veinte años de residencia como requisito para acceder a un beneficio social en el caso de extranjeros.

Uno de los posibles elementos de la configuración de lo razonable se relaciona con la idea de equilibrio. En el caso analizado, el juez ponderó la existencia de un equilibrio entre la imposición de exigencias para el acceso a un beneficio social y la administración de recursos escasos. A partir de ello, podría afirmarse la racionalidad de la distinción entre nacionales y extranjeros –considerada como cálculo lógico–. Sin embargo, el componente de la racionalidad no parece suficiente para la satisfacción de su constitucionalidad, la que, a su vez, requiere de un componente de razonabilidad.

En lo que hace al concreto análisis del plazo, el juez Maqueda concluyó en la falta de razonabilidad de este. Ello por cuanto la noción de razonabilidad excluye el exceso y la arbitrariedad, que en el caso de un plazo de veinte años de residencia rompe con la idea de equilibrio ya aludida. La falta de proporción entre dos términos, hace que no sea posible ligar al requisito referido con una finalidad constitucional aceptable. De acuerdo con esto, la noción de razonabilidad comprende la idea de equidad. Es decir, de tomar en cuenta los intereses de los demás a la par de los propios como si se situase en la posición de un observador imparcial.

La importancia de la razonabilidad ha ido cristalizándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema a través del llamado control de razonabilidad, en particular, de políticas públicas. Dicho control ha supuesto un rol más activo del Poder Judicial en el resguardo de los derechos fundamentales. En el marco de este control se dictó el fallo “Q.C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”. En el caso, se evaluó la constitucionalidad de una omisión del Estado demandado frente al derecho a la vivienda, salud y dignidad de una mujer en situación de calle y de su hijo menor de edad con discapacidad.

Para los jueces integrantes del voto mayoritario, la razonabilidad se juega también frente a la discrecionalidad de los poderes públicos y su configuración exige que, más allá de la libertad de maniobra del Estado, se atiendan las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esa atención excluye dos perfiles de autoridad pública: el gobernante inmoral y el inflexible. Lo primero, porque el gobernante debe actuar conforme a los mandatos de la razón práctica, que en el caso de la reglamentación de derechos –de acuerdo con los jueces de

la mayoría– incluye la noción de igualdad. Lo segundo, porque la autoridad debe encontrarse abierta a las razones de los demás.

Otros de los elementos objeto del control de razonabilidad han sido, por un lado, la inequidad del curso de acción evaluado, que –por ser tal– compromete la propia existencia de la persona humana. Por otro lado, la existencia de discriminación, que constituye otro indicio de ausencia de razonabilidad, en el que las nociones de igualdad y equilibrio constituyen factores de evaluación. El rol de los derechos fundamentales como parámetros morales de corrección hace que estos jueguen un rol crucial en la argumentación y justificación de decisiones públicas razonables. En otras palabras, constituyen fines a la luz de los cuales se verifican los cursos de acción.

Finalmente, un elemento común de los fallos aludidos tiene que ver con el recurso a la noción de dignidad como parámetro de razonabilidad. De ese modo, se ha echado mano a ese concepto como pauta interpretativa y como criterio de análisis de razonabilidad de las conductas del Estado frente a los derechos de la persona. Así, la violación de la dignidad por acciones y omisiones es un claro indicador de arbitrariedad y, por lo tanto, de ausencia de razonabilidad del curso de acción en cuestión.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M. (1987). Para una razonable definición de “razonable”. *Doxa*. N° 4, pp. 189-200.
- Bazán, L. y Madrid R. (1991). Racionalidad y razonabilidad en el derecho. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 18, N° 2, pp. 179-188.
- Cianciardo J. (2007)- *El ejercicio regular de los derechos*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Cuono, M. (2012). Entre arbitrariedad y razonabilidad. Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo (trad. A. Núñez Vaquero). *Eunomía*. N° 3, pp. 43-60.
- Hart, H. (2013). Discretion. *Harvard Law Review*. Vol. 127, pp. 652-665.
- Lucas, J. (1963). The philosophy of the reasonable man. *The Philosophical Quarterly*. Vol. 13, n° 51, pp. 97-106.
- Luther, J. (2007). Razonabilidad y dignidad humana (trad. J. Sánchez Mesa). *ReDCE*. N° 7, pp. 295-326.
- Recasens Siches, L. (1997). *Introducción al estudio del Derecho*. México D.F.: Porrúa.



- Santiago, A. (2014). El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada. En AA.VV. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 289-314). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. *Dikaion*. N° 17, pp. 157- 198.
- Sibley, W. (1953). The Rational versus the Reasonable. *The Philosophical Review*. Vol. 62, No. 4, pp. 554-560.
- Zambrano, P. (2009). El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación. *Dikaion*. N° 18, pp. 109-133.
- Zorzetto, S. (2015). Reasonableness. *The Italian Law Journal*. Vol. 1, n° 1, pp. 107-139.

### **Jurisprudencia citada**

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional”, 2007, *Fallos*: 330:3853.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 2012, *Fallos*: 335:452.
- Corte Suprema de los Estados Unidos (SCOTUS), “Nebbia vs. New York”, 1934, 291, *U.S.* 502, 547.

## ***Hostis humani generis*: el estatus jurídico de los terroristas bajo el derecho internacional humanitario**

### ***Hostis humani generis*: the legal status of terrorists under international humanitarian law**

*Luciana Florencia Lucotti* <sup>\*†</sup>

#### **PALABRAS CLAVE**

Derecho internacional humanitario, conflicto armado, terroristas, combatientes ilegales – civiles, convenios de Ginebra, CICR.

#### **RESUMEN**

Durante la “guerra contra el terrorismo” la distinción entre combatientes y no combatientes se desdibujó. La Administración del entonces presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, argumentó que los terroristas de Al-Qaeda detenidos durante el conflicto no pertenecían a ninguna de las dos categorías estipuladas por el derecho internacional humanitario. Por ello, aludiendo a una supuesta laguna jurídica, resolvió calificarlos como combatientes ilegales, dejándolos sin protección alguna bajo el *ius in bello*. La decisión tomada por Estados Unidos generó incertidumbre dentro de la comunidad internacional. Hoy, esta inseguridad persiste puesto que las campañas militares que buscan terminar con la amenaza del terrorismo no cumplen con las normas y valores que se intentan proteger.

El objetivo principal de este trabajo es analizar y sistematizar las respuestas que da la bibliografía a la cuestión del estatus jurídico de los terroristas bajo el derecho internacional humanitario. De esta forma, se determinará qué protección le confiere ese cuerpo jurídico y qué responsabilidad individual recae sobre los terroristas por su accionar durante un conflicto armado.

#### **KEYWORDS**

International humanitarian law, armed conflict, terrorists, unlawful combatants - civilians, Geneva conventions, ICRC.

---

\*Lucotti, Luciana Florencia. Licenciada en Relaciones Internacionales. Universidad de San Andrés, Victoria, Argentina.

†A mi familia por enseñarme la importancia de la educación y el valor del esfuerzo. Por apoyarme durante todos estos años lejos de casa.

## ABSTRACT

During the so called “war against terrorism” the distinction between combatants and non-combatants became blurred. Alluding to a supposed legal gap, George W. Bush’s Administration decided to qualify those terrorists of Al Qaeda detained during the armed conflict as unlawful combatants. They stated that they did not meet the characteristics of any of the two existing categories stipulated by the international humanitarian law (IHL). Therefore, they had no protection under the *ius in bello*. The US decision created a context of uncertainty within the international community which persists today, since military campaigns that seek to end the threat of terrorism do not comply with the rules and values that are supposed to protect.

In this paper, the main objective is to analyze and systematize the answers given by literature to the legal status of terrorists under IHL. After clarifying this, it will be determined what kind of protection and individual responsibility are terrorists entitled to.

## I. INTRODUCCIÓN

La cuestión del estatus jurídico de los terroristas generó intenso debate en el contexto de la “guerra contra el terrorismo”. En particular, luego de que la Administración de George W. Bush decidiera negar el estatus de prisioneros de guerra a los miembros de Al-Qaeda detenidos en Afganistán (trasladados a Guantánamo) durante el conflicto armado y acusados de ser *combatientes ilegales*.

El derecho internacional humanitario, regula los medios y métodos de combate al mismo tiempo que protege a las personas que no participan o que ya no participan de las hostilidades. Se regula por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II, los Convenios de la Haya 1954 y otros tratados relativos a los medios y métodos de combate. El derecho internacional humanitario se basa en la distinción entre combatientes y no combatientes (en general civil, aunque también se incluye a quienes combatieron, pero dejaron de hacerlo por estar enfermos, heridos o náufragos, o capturados por el enemigo): los primeros son objetivos legalmente atacables durante un conflicto armado a menos que estén fuera de combate, mientras que los segundos deben ser protegidos a menos que, y solo por el tiempo que, tomen las armas y participen directamente de las hostilidades. De acuerdo con lo detallado en el III Convenio de Ginebra, los combatientes tienen derecho al estatuto del prisionero de guerra, en caso de caer en manos del enemigo. Empero, dicho Convenio establece una serie de condiciones que deben cumplirse para obtener la protección que

confiere.

Según la lógica del DIH, quienes no sean etiquetados como combatientes deberían, en primera instancia, ser tratados como civiles. La discusión sobre el estatus de los terroristas gira en torno a la incapacidad de los grupos armados terroristas de cumplir las condiciones que se estipulan en el III Convenio de Ginebra. Por lo tanto, la mayor parte de la bibliografía argumenta que no pueden ser considerados combatientes (Detter, 2007; Sassòli, 2004; Yoo Ho, 2003; Gross, 2016; Callen, 2004; Dörmann, 2003). Las diferencias dentro del cuerpo académico se observan entre grupos que sostienen que el terrorista es un civil, o un civil que participa de las hostilidades, y aquellos que respaldan la necesidad de crear una tercera categoría (*combatiente ilegal*) para responder a la “grieta” que se presenta entre los combatientes (protegidos por el III Convenio de Ginebra) y los civiles (protegidos, por ejemplo, por el IV Convenio de Ginebra y el Protocolo Adicional I).

El primer grupo (Sassòli, 2006b; Dörmann, 2003; Szpak, 2013; Saul, 2014; Duffy, 2005) centra su argumento en el comentario autorizado del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) sobre el IV Convenio de Ginebra que dice: “Toda persona en manos del enemigo debe tener algún estatus según el derecho internacional (...) No hay estatus intermedio; nadie en manos del enemigo puede estar fuera de la ley” (Pictet, 1958, p. 51). Bajo esta premisa, un terrorista detenido en contexto de conflicto armado *debe* tener algún estatus bajo el DIH. Si no puede ser considerado combatiente porque no reúne las condiciones necesarias, entonces deberá ser tratado como civil o civil que participa de las hostilidades, dependiendo del caso. Los autores resaltan que colocar a los terroristas dentro de esta categoría no impide que sean procesados por violaciones al derecho de la guerra y su participación ilegal en el conflicto.

El segundo grupo (Detter, 2007; Gross, 2016; Yoo y Ho, 2003) desestima la interpretación que hace el Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante, “CICR”) al alegar que este no es una organización imparcial y que su postura dista del espíritu de los diplomáticos y juristas que redactaron los Convenios de Ginebra. Para estos autores, la forma en la que los terroristas llevan a cabo los enfrentamientos, ocultándose entre la población civil, sin uniformes ni signos que permitan su distinción, los convierte en *combatientes ilegales*, aunque la categoría no figure en los instrumentos de DIH. Además, Gross (2016) postula que un terrorista cumple una función de combate constante, a diferencia de un civil que podría tomar las armas por un

momento determinado (y que, al dejarlas, vuelve a estar protegido por todas las disposiciones del IV Convenio de Ginebra). En consecuencia, los miembros de grupos terroristas como Al-Qaeda no caen dentro de ninguna de las dos categorías antitéticas que plantea el DIH.

En síntesis, existe un debate académico entre quienes sostienen que la amenaza del terrorismo no dinamita la capacidad del DIH para regular esta “nueva realidad”, y quienes ven en la categorización de terroristas como civiles el menoscabo del principio de distinción.

El objetivo principal de este trabajo es analizar y sistematizar las respuestas que da la bibliografía a la cuestión del estatus jurídico de los terroristas bajo el derecho internacional humanitario. Dependiendo de cada estatus, se determinará qué protección les confiere ese cuerpo jurídico. Por último, se expondrá qué responsabilidad individual recae sobre los terroristas por su accionar durante un conflicto armado. Es necesario remarcar que, aunque los actos terroristas se presentan tanto en tiempos de guerra como de paz, este trabajo se limita a los ataques ocurridos en contexto de conflicto armado. Es por esto que se hará énfasis en el rol del DIH.

## **II. ESTATUS JURÍDICO DE LOS TERRORISTAS**

Terroristas internacionales, incluyendo miembros de Al-Qaeda, han realizado ataques sobre personal diplomático y militar estadounidense e instalaciones en el extranjero, así también sobre ciudadanos y propiedades dentro de los Estados Unidos, en una escala que ha creado un estado de conflicto armado que requiere el uso de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos (Orden Militar del 13 de noviembre de 2001, sobre la Detención, Tratamiento y Juicio de ciertos no ciudadanos en la Guerra contra el Terrorismo).<sup>1</sup>

Antes de profundizar en el análisis del estatus jurídico, es importante tener en claro, primero, si existe un conflicto armado y, segundo, frente a qué tipo de conflicto nos encontramos. Dada su connotación meramente política, la guerra contra el terrorismo plantea cierta controversia en términos jurídicos. El anuncio de la administración de Bush en el cual se afirmaba que el país se encontraba en estado de conflicto armado con un actor no estatal (Al Qaeda) –en un “war on terror”– contradice la interpretación tradicional de la guerra: un

---

<sup>1</sup>Traducción propia.

enfrentamiento simétrico entre actores cuyo derecho al uso de la fuerza emana de su soberanía.<sup>2</sup> Además, Estados Unidos aseguró que la campaña contra el terrorismo no se limitaba al conflicto armado en Afganistán, sino que su alcance se extendía a todo Estado que respaldase cualquier organización terrorista (aunque –por supuesto– la mayor atención se focalizaba en el Grupo Talibán). Aunque un conflicto armado internacional, como lo es la guerra, describa las hostilidades entre Estados Unidos y Afganistán, no es evidente que refiera también a las campañas militares realizadas contra grupos armados terroristas. La bibliografía indica que la existencia de un conflicto armado no debe asumirse ante cualquier enfrentamiento sólo por el hecho de enmarcarse en la “guerra contra el terrorismo”. Bajo esa línea de pensamiento, autores como Sassòli (2006a) y Bott (2016) consideran necesario desarmar y analizar por partes cada conflicto y, a partir de eso, determinar, primero, si en efecto se está desarrollando un conflicto armado y, segundo, si es de carácter internacional o interno. Bott (2016), por ejemplo, quien investiga las operaciones del Estado Islámico y la relevancia del DIH, divide los ataques terroristas en dos. Por un lado, aquellos que no superan el umbral mínimo de violencia, lo que llevaría a calificarlos como un conflicto armado. En general, son aquellos ataques “inspirados” por el Estado Islámico, aunque no necesariamente organizados por ellos. Por otro lado, los ataques terroristas que conforman un conflicto armado no internacional (contra el Estado de Irak y Siria).

En concordancia con la visión tradicional de la guerra, los Convenios de Ginebra estipulan tres escenarios que pueden definirse como conflicto armado internacional (CAI): (i) el enfrentamiento entre dos o más Altas Partes Contratantes (Estados), (ii) la ocupación de un territorio extranjero (o parte de él) por un Estado, aunque no haya resistencia armada y (iii) contexto de lucha de liberación nacional (estos últimos agregados como CAI en el Protocolo Adicional I). Desestimando la ocupación (puesto que no hubo invasión territorial) y la defensa de un derecho de autodeterminación como principal motivo detrás de los ataques del 11 de septiembre de 2001, es debatible afirmar que un CAI comprenda la oposición armada de un Estado contra una organización terrorista internacional como Al-Qaeda.

En síntesis, dado que la guerra significa el enfrentamiento entre dos o más Estados, una organización terrorista no cumple con los atributos necesarios para crear un conflicto de esta

---

<sup>2</sup> Orden Militar nov. 13, 2001, 66 Reg. Fed. 57,833 § 1(a) (nov. 16,2001)

índole. Sin embargo, es posible encontrar en la bibliografía argumentos que respaldan la existencia de un conflicto armado internacional entre terroristas y Estados.

Esta posición se basa en una interpretación amplia de la subjetividad del individuo que lo descarta como un sujeto pasivo que solo adquiere derechos y obligaciones a través del Estado que lo representa. Detter (2007) desestima que haya una contradicción bajo la declaración de una guerra contra el terrorismo, y sostiene que la discusión sobre la subjetividad del individuo cementa la falacia de que los Estados son los únicos actores capaces de enfrentarse en una guerra. No obstante, la postulación de que actores no estatales (como una organización terrorista) puedan crear un estado de guerra no se condice, para Detter (2007), con su protección bajo el DIH. Dicho de otra manera, la extrapolación jurídica que permitiría usar la fuerza armada contra un grupo armado terrorista como si se tratase de un Estado, no va de la mano de una extrapolación del estatuto del prisionero de guerra o las obligaciones para con la población civil expuestas en el IV Convenio de Ginebra (Weiner, 2005).

Detter (2007) sugiere la existencia de una guerra *sui generis* donde no todos sus participantes gozan del derecho a participar de las hostilidades. Se trata de un nuevo tipo de guerra en la que batallan combatientes legales contra *combatientes ilegales*. Aunque la violencia de estos enfrentamientos se asemeja a la de la guerra, los actores involucrados pelean de manera asimétrica. Al no distinguirse de la población civil y al mismo tiempo considerarla un objetivo militar, los grupos armados terroristas no demuestran intención de respetar las leyes de la guerra. Estados Unidos y sus aliados, por el contrario, se encuentran obligados— al menos por el derecho internacional consuetudinario— a respetar las condiciones mínimas de humanidad. La autora reafirma esta posición diciendo: “[u]n análisis de las situaciones en Irak y Afganistán lleva a la conclusión de que estamos frente a un nuevo tipo de conflicto armado internacional, ciertamente una "guerra", pero en una situación desequilibrada” (Detter, 2007, p. 1074).<sup>3</sup> Desde una perspectiva similar pero actualizada, Gross (2016) repasa el impacto de los ataques terroristas en la naturaleza de los conflictos armados internacionales y argumenta que el derecho internacional no se ha ajustado a esta nueva realidad, lo que lleva a los Estados a “actuar de formas que no necesariamente cumplen con el derecho internacional” (Gross, 2004, p. 201).<sup>4</sup> El mismo principio de distinción entre combatientes y

---

<sup>3</sup> Traducción propia.

<sup>4</sup> Traducción propia.

civiles, pilar fundamental del derecho humanitario, queda obsoleto en presencia de los llamados *combatientes ilegales* (en este caso terroristas) que socavan el espíritu original de estas categorías.

Los Convenios de Ginebra regulan a través del art. 3 común y el Protocolo Adicional II— aunque de manera limitada teniendo en cuenta que el Protocolo Adicional II no ha sido ampliamente ratificado— los conflictos armados de carácter no internacional (CANI). Este tipo de enfrentamientos surgen dentro del territorio de una Alta Parte Contratante y comprenden las hostilidades entre las fuerzas armadas de dicho Estado y un grupo armado disidente, o entre dos grupos armados disidentes. También, es posible definir bajo esta categoría conflictos en los que un tercer Estado interviene al ser invitado por la Parte Contratante.

Teniendo en cuenta que algunos Estados no se encuentran obligados por el Protocolo Adicional II, es relevante recuperar la distinción jurídica que existe entre CANI en el sentido del art. 3 común y CANI en el sentido del Protocolo Adicional II. En el primero, la definición de conflicto armado no internacional es amplia como consecuencia de la falta de “condiciones” explícitas para considerar que cierto acto de violencia se corresponde a un conflicto armado. El art. 3 común solo indica que un CANI se desarrolla “en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes”, sin siquiera identificar a quienes se enfrentan. En el segundo, en cambio, el art. 1 del Protocolo Adicional II agrega como requisito que el CANI debe darse “entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.” Además, descarta como conflicto armado “situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos (...).”

La determinación del umbral mínimo de violencia no es clara. Un autor como Sassòli (2004), incluye factores como la intensidad de los enfrentamientos, la duración y prolongación de la violencia, el nivel de organización de las Partes, el número de víctimas, la capacidad de respetar el DIH, la participación directa de las fuerzas armadas del Estado en reemplazo de las fuerzas policiales, entre otros. Al no haber un consenso, se presentan situaciones en las que la ausencia de alguno de estos indicadores no implican necesariamente que no haya un



conflicto armado. En el caso *Abella y otros c. Argentina*, sobre los acontecimientos ocurridos en el enfrentamiento de la toma del cuartel de La Tablada de 1989, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos decidió aplicar, en su Informe publicado en 1997, el DIH a un combate que pese a haber durado treinta horas, la intensidad de la violencia fue suficiente para establecer el estado de conflicto armado.<sup>5</sup>

El alcance geográfico del conflicto armado no internacional depende de la interpretación que se haga del art. 3 común. El abordaje amplio considera que el art. 3 común regula cualquier CANI que, habiendo nacido en el territorio de un Estado, se hubiera expandido hacia los países lindantes. Mientras que, en un sentido estrecho, el art. 3 común se circunscribiría a conflictos armados no internacionales dentro del territorio de un solo Estado Parte.

El art. 3 dice “en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes” lo que, según Detter (2007), debería entenderse como limitado geográficamente al territorio de un solo Estado Parte. Por el contrario, Sassòli (2006b) argumenta que el artículo limita su alcance a los Estados Parte del Convenio, descartando aquellos CANI que surjan dentro de un Estado que no haya firmado ni ratificado dichos tratados. El autor sostiene que, en correspondencia con los principios del DIH, el artículo debería abordarse desde una perspectiva amplia puesto que, en caso contrario, existiría una brecha jurídica de protección entre el CAI y CANI. Aquellos conflictos no internacionales que involucraran a varios Estados y a un grupo armado no estarían regulados (y, por lo tanto, sus víctimas no estarían protegidas) bajo ninguno de los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos Adicionales. Para sostener su argumento, Sassòli (2006b) cita el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda (ETIR), un organismo jurisdiccional creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para juzgar los actos de genocidio y otras violaciones del DIH perpetrados por ciudadanos ruandeses en 1994. El art. 7 del ETIR interpreta que un CANI mantiene su calificación como tal aún después de que el conflicto se haya expandido hacia otros Estados: “La competencia *ratione loci* del Tribunal Internacional para Ruanda se extiende al territorio de Ruanda (...) y **al territorio de Estados vecinos en el caso de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas por ciudadanos ruandeses.**”<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso “Juan Carlos Abella vs. Argentina”, 18 de noviembre de 1997, Informe N° 55/97. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>

<sup>6</sup> Énfasis propio.

La participación de grupos armados terroristas se evidencia con mayor frecuencia en contexto de conflicto armado no internacional. A diferencia del CAI, se contemplan las hostilidades entre un Estado y un grupo armado. La lucha entre los miembros del Estado Islámico (EI) y el poder estatal en Siria como en Irak, es un ejemplo de CANI. Ataques atribuibles al EI, no superan el umbral mínimo de violencia y por lo tanto no constituyen un conflicto armado. Sin embargo, es una evaluación que debe hacerse caso por caso. El carácter esporádico de los ataques terroristas –ocurridos mayormente en Europa– no desestima que no puedan ser considerados conflictos armados (Bott, 2016).

La bibliografía también aborda el caso en que un Estado interviene sin autorización en el conflicto armado no internacional desarrollado en el territorio de otro Estado para realizar un ataque contra el grupo armado. Surgen al respecto dos respuestas: la primera afirma que mientras se crea un conflicto armado internacional entre ambos Estados, la relación entre el grupo armado y el Estado que interviene se regula bajo las reglas del conflicto armado no internacional (Neuman, 2003). La segunda argumenta que, si bien se crea un estado de conflicto armado internacional, el grupo armado no es considerado una Parte del conflicto (Sassòli, 2006b). Para Bott (2016), mantener la distinción entre internacional y no internacional es jurídicamente innecesario e ilógico teniendo en cuenta que, en el nuevo contexto de CAI que nacen del ataque de un Estado externo, la actividad de los militares extranjeros, incluso enfrentando al grupo armado, debe respetar el DIH de los CAI. Esto incluye la protección de los civiles del Estado anfitrión. Esta interpretación amplia de CAI tiene su sustento en la jurisprudencia con el caso *Tadic* donde el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) determinó que el conflicto armado entre el Estado de Bosnia y Herzegovina y la Comunidad Croata de Herzeg-Bosnia, era de índole internacional dada la intromisión de las fuerzas militares de la República de Croacia.<sup>7</sup> Esto es lo que se conoce como “conflicto armado no internacional internacionalizado”.<sup>8</sup>

En múltiples circunstancias, Estados Unidos, Francia y Reino Unido bombardearon bases yihadistas en Siria sin el consentimiento del presidente Al-Assad. A su vez, estas campañas

<sup>7</sup> TPIY Cámara de apelaciones – Fiscal vs. Tadic- 1995, parágrafo 76.

<sup>8</sup> Para más información sobre la tipología de conflictos armados en el derecho internacional humanitario véase: Vité Sylvain (2009), Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *International Review of the Red Cross*, vol. 91 N. 873. Disponible en: <https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-873-vite.pdf>

militares no contaron con la aprobación del Consejo de Seguridad. En concordancia con lo anteriormente analizado, los ataques extranjeros generarían jurídicamente un conflicto armado internacional. Sin embargo, la situación no se ha definido claramente ya que no hubo respuesta militar del presidente sirio (Bott, 2016).

En conclusión, el carácter de la participación de grupos armados terroristas en conflictos armados no es fácil de determinar. La bibliografía muestra argumentos robustos para sostener que el DIH referido a los conflictos armados no internacionales (art. 3 común y Protocolo Adicional II) se aplica a escenarios que enfrentan a un grupo armado terrorista y a uno o más Estados Parte. A su vez, la jurisprudencia refuerza la ampliación del CAI en situaciones en las que un Estado interviene en un CANI sin autorización.

#### **A. Terroristas en conflicto armado no internacional**

En el apartado anterior, se expusieron las respuestas que ofrecen los principales exponentes del tema a la discusión sobre la participación de grupos terroristas en conflictos armados tanto internacionales como no internacionales. Este último, es el escenario que mejor describe las hostilidades entre un actor no estatal y uno o más Estados. La aplicación del DIH de conflictos armados no internacionales tiene como requisito fundamental la existencia de Partes reconocibles. Es decir, el grupo armado debe cumplir requisitos que dependerán del tratado que tenga competencia (el art. 3 común o el Protocolo Adicional II), para ser considerados Parte de un conflicto armado. Sin una identificación de las Partes, el conflicto armado no existe y los enfrentamientos deben ser regulados por la legislación doméstica.

Las condiciones que expresa el art. 1 del Protocolo Adicional II son: (a) estar bajo la dirección de un mando responsable (b) ejercer control sobre una parte del territorio que les permita (c) realizar operaciones militares sostenidas y (d) aplicar el presente Protocolo. En cuanto al art. 3 común, el texto no especifica ningún requisito por lo que el criterio es controversial. Para Sassòli (2006b), debería haber un mínimo grado de organización para poder considerar a un grupo armado Parte de un CANI.

Asumiendo que se encuentran cubiertas las condiciones mínimas y que un grupo terrorista es Parte de un CANI, corresponde entonces analizar el estatus jurídico de sus integrantes. En un contexto de conflicto armado internacional, las personas involucradas pueden ser identificadas como combatientes o civiles. Los primeros representan a los miembros de las fuerzas armadas pertenecientes al Estado y a los grupos armados que forman Parte del

conflicto. Por oposición, un civil es todo aquel que no es combatiente. El DIH de conflictos armados internacionales se basa en esta distinción para determinar quiénes tienen derecho a participar de las hostilidades y quiénes tienen inmunidad ante los ataques durante el conflicto. Sin embargo, durante un conflicto armado no internacional el privilegio del combatiente a participar legalmente de las hostilidades no existe. A diferencia de un soldado que participa de un CAI, un miembro del grupo armado detenido por las autoridades del gobierno puede ser juzgado por su mera participación en las hostilidades, sin reparo de su respeto del DIH. El art. 6.5 del Protocolo Adicional II solo sugiere a las autoridades que, una vez finalizado el conflicto, se brinde la mayor amnistía posible a las personas que intervinieron y que hayan sido internadas o sometidas a detención. Si bien no hay “prisioneros de guerra” en la práctica, sí hay una figura similar: los llamados “detenidos de seguridad”, quienes deben ser tratados en condiciones similares. Lo que sí se mantiene durante el CANI es la prohibición de atacar a la población civil. Esta protección se mantendrá a menos que, y sólo por el tiempo que un civil participe directamente de las hostilidades. Para el Comité Internacional de la Cruz Roja, un civil que participa de las hostilidades se diferencia de un terrorista (miembro de un grupo armado) por la continuidad de su función de combate.<sup>9</sup> En conclusión, un terrorista podrá ser atacado en todo momento mientras que un civil sólo cuando participa activamente de las hostilidades. Puesto que la consecuencia de participar en las hostilidades es la misma tanto para civiles como para combatientes, el estatus jurídico de los terroristas no es una cuestión controvertida en el supuesto de conflicto armado no internacional.

En el caso *Hamdan vs. Rumsfeld*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que, dado que no podía afirmarse que Al Qaeda fuera un Estado, el conflicto armado era de carácter no internacional (CANI). En consecuencia, los detenidos durante la “war on terror” debían al menos gozar de las garantías mínimas del DIH, que son las que contiene el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra.

### **B. Terroristas en conflicto armado internacional**

Aunque el conflicto armado no internacional describa la mayor parte de los enfrentamientos entre un Estado y un grupo armado, la participación de Al-Qaeda en la guerra entre

---

<sup>9</sup> Para más información sobre la “función de combate continua” ver: Comité Internacional de la Cruz Roja (2009), *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*. Disponible en: <https://casebook.icrc.org/case-study/icrc-interpretive-guidance-notion-direct-participation-hostilities>

Afganistán y Estados Unidos evidencia circunstancias en las que el DIH relativo a los conflictos armados internacionales podría aplicar. No obstante, la bibliografía aporta diferentes formas de abordar el estatus jurídico que los grupos terroristas tendrían bajo esta normativa.

Los textos académicos sobre este tema pueden dividirse en tres grupos: (a) Quienes sostienen que los terroristas son *combatientes ilegales* y, por lo tanto, carecen de protección bajo el derecho internacional humanitario; (b) Quienes se basan en la dicotomía combatiente/no combatiente consideran que los miembros de grupos terroristas deberían ser calificados como civiles; (c) Aquellos que contemplan la posibilidad de reconocerlos como combatientes.

*i. Combatientes ilegales sin protección bajo el DIH*

El término *combatiente ilegal* encontró un nuevo significado luego de los atentados del 11/9; a pesar de ser un concepto reconocido en la jurisprudencia estadounidense, la comunidad internacional entendió su relevancia después de que la Administración de George W. Bush decidió clasificar como *unlawful enemy combatant* a todo prisionero capturado en el contexto de la Guerra contra el Terrorismo y detenido en la prisión de Guantánamo.

El concepto de *combatiente ilegal*, que luego se convertiría en *unlawful enemy combatant*, posee sus raíces en el caso *Ex parte Quirin* (1942), en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la jurisdicción de un tribunal militar para juzgar los actos de ocho alemanes capturados en suelo norteamericano acusados de ser espías del gobierno alemán (Danner, 2007).

La Corte sostuvo que:

Por acuerdo y práctica universal, el derecho de la guerra establece una distinción entre las fuerzas armadas y las poblaciones pacíficas de las naciones beligerantes, como también aquellos que son **combatientes legales o ilegales**. Los combatientes legales están sujetos a la captura y detención como prisioneros de guerra por fuerzas militares enemigas. Los combatientes ilegales también están sujetos a captura y detención, pero, además, están sujetos a juicio y castigo por tribunales militares debido a los actos que hacen que su beligerancia sea ilegal.<sup>10</sup>

Asimismo, más adelante, agrega:

---

<sup>10</sup> Traducción y énfasis propio.

Desde hace mucho tiempo, nuestras autoridades militares aceptan la práctica de tratar a quienes, en tiempo de guerra, pasan subrepticamente del territorio enemigo al nuestro, descartando sus uniformes al ingresar. El motivo de este traspaso es la comisión como combatientes ilegales de actos hostiles que implican la destrucción de vidas o propiedades. Dichos actos son punibles por una comisión militar. Esta práctica, aceptada y seguida por otros gobiernos, debe considerarse como una regla o principio de la ley de la guerra.<sup>11</sup>

La Corte Suprema no definió los límites de *combatiente ilegal*, lo que permitió a los Estados Unidos moldearlo de acuerdo a las necesidades del contexto. La noción de *unlawful enemy combatant* se modificó a través del Tribunal para la Revisión del Estatus de Combatiente (CSRT por sus siglas en inglés) hasta considerar en esta categoría a toda persona que fuera parte o apoyara de alguna forma las fuerzas armadas, de Al-Qaeda, del Talibán o cualquier otra fuerza que asociada a estos grupos enfrentara hostilmente a los miembros del ejército estadounidense y aliado. Incluyendo también, a aquel que haya participado directamente o brindado apoyo a las fuerzas enemigas durante las hostilidades. Puesto que nombra, pero no define el alcance de “hostilidades”, “participación directa” y “apoyo”, la definición propuesta por el CSRT expandió considerablemente la cantidad de personas detenidas en Guantánamo. Bajo la etiqueta de *unlawful enemy combatant*, la Administración de G. Bush podía (como mínimo) detener a una persona hasta el final de las hostilidades y juzgarla por su participación ilegal en ellas (Danner, 2007).

Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, como hemos visto, no reconocen una tercera categoría entre combatientes y civiles. La expresión *combatiente ilegal* que se ha desarrollado en la jurisprudencia estadounidense no tiene lugar en el DIH. No obstante, cierta parte de la bibliografía asevera que las formas de combate que utilizan los terroristas distan de la esperada de un combatiente y, por lo tanto, retoman el viejo concepto de *combatiente ilegal*. De esta manera, se recortan los derechos que el DIH podría conferirles de pertenecer a alguna de las dos categorías que sí están reconocidas dentro de los Convenios.

A mayor abundamiento, Detter (2007) expone tres grupos de personas excluidas a los cuales los terroristas pueden pertenecer: a) Combatiente ilegal; b) Mercenarios; c) Espías.

Para definir el alcance del primer grupo, la autora recurre a la posición de la Corte Suprema

---

<sup>11</sup>Traducción propia.

en el caso *Ex parte Quirin*. El deber de distinguirse de la población civil es fundamental, de no respetarse esta obligación los combatientes no podrían diferenciar a la población civil de grupos armados enemigos y, en consecuencia, “la guerra se volvería caótica y confusa” (Detter, 2007, p. 1064). Aquellos que, como *modus operandi*, se camuflan entre los civiles, no pueden tener protección bajo las leyes de la guerra y deben ser considerados *combatientes ilegales*; en consecuencia, “no son ni soldados ni civiles” (Detter, 2007, p. 1064).

Además de caer por fuera de la protección del derecho de la guerra por ser *combatientes ilegales*, Detter (2007) argumenta que miembros de Al-Qaeda y el Talibán pueden ser considerados mercenarios. La autora se basa en la Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entretenimiento de mercenarios (1989) cuyo contenido es similar al art. 47 del Protocolo Adicional I. De esta manera, la Convención define como mercenario a toda persona que:

Es especialmente reclutado localmente o en el extranjero para luchar en un conflicto armado; (b) Está motivado a tomar parte en las hostilidades esencialmente por el deseo de obtener ganancias privadas y, de hecho, es prometido, por o en nombre de una de las Partes en el conflicto, una compensación material sustancialmente superior a la prometida o pagada a los combatientes de similares rango y funciones en las fuerzas armadas de ese partido; (c) no es nacional de una Parte en conflicto ni residente de territorio controlado por una de las Partes en conflicto; (d) No es miembro de las fuerzas armadas de una Parte en el conflicto; y (e) No ha sido enviado por un Estado que no es Parte en el conflicto en servicio oficial como miembro de sus fuerzas armadas.

Para la autora, los terroristas, al igual que los mercenarios, persiguen un beneficio personal con la única observación de que este sería de índole religioso y no material. Empero, Detter (2007) reconoce que las condiciones para ser mercenario son muy estrictas y, por consiguiente, pocas personas entrarían en esta categoría.

Por último, en vista de que el comportamiento de los terroristas se asemeja al de los espías, si es detenido durante una misión de reconocimiento podría caer dentro de esta categoría. Es preciso aclarar que, si bien la forma en que procede un terrorista es similar, el art. 46 del Protocolo Adicional I (que la autora no toma en consideración) solo reconoce como espías a los miembros de las fuerzas armadas de un Estado (como hemos sostenido al definir la figura). Por lo tanto, un terrorista que no pertenece a las fuerzas armadas de un Estado no

podría ser identificado dentro de esta categoría bajo los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

En resumen, siguiendo la máxima *ex injuria jus non oritur* (aquel que actúa en contra de la ley no puede obtener beneficios en resultado de su transgresión), Detter (2007) infiere que los terroristas están excluidos de toda protección bajo las leyes de guerra dado que no utilizan uniforme y se esconden entre la población civil, lo que los categoriza principalmente como *combatientes ilegales*. En todo caso, el estatus jurídico de los terroristas en el ámbito del DIH depende de la aplicabilidad de los Convenios de Ginebra. Si las leyes de la guerra no tienen jurisdicción, en el caso que se demuestra que no existe un conflicto armado, la dicotomía combatiente/no combatiente no tiene relevancia. En esta situación, el estatus depende de la regulación doméstica, lo que permitiría calificarlos de *combatientes ilegales* dentro de los Estados Unidos. Detter (2007) remarca esta situación y desestima la aplicabilidad del DIH al conflicto armado en Afganistán después de que los Talibán perdieran su poder sobre el territorio y el gobierno.

Yoo y Ho (2003) también discuten sobre la competencia de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales en el conflicto armado que involucra a Al-Qaeda. Por un lado, fundamentan en el art. 3 común y el Protocolo Adicional II que los grupos terroristas tienen la capacidad de crear un estado de conflicto armado y concluyen que el enfrentamiento entre Estados Unidos y Al Qaeda está “gobernado” por las leyes de la guerra. No obstante, no se expresa con claridad si la competencia de los Convenios deriva del conflicto entre Estados soberanos (Afganistán vs. Estados Unidos) o de la similitud de Al-Qaeda con un Estado en cuanto a capacidad militar, que lo convierte en Parte del conflicto. Por otro lado, argumentan que Al Qaeda no es un Estado y, por lo tanto, no es Parte de los Convenios de Ginebra ni sus Protocolos Adicionales. Afirman que “(...) los miembros de Al Qaeda no pueden reclamar los beneficios de un tratado del que su organización no es parte. Por lo tanto, aunque el conflicto con Al Qaeda se rige por las leyes de la guerra, Al Qaeda no es Parte en ninguna de las codificaciones especializadas de esas leyes, los Convenios de Ginebra” (Yoo y Ho, 2003, p. 216).

Los mencionados autores, al igual que Detter (2007), sostienen que los terroristas de Al-Qaeda caen dentro de la categoría *combatiente ilegal* basándose en la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Ex parte Quirin*. Las tácticas utilizadas por Al-



Qaeda, tales como atacar civiles y camuflarse entre ellos, según los autores, viola los principios de las leyes de la guerra, lo que conlleva a suponer que en el caso de que Al Qaeda fuera un Estado-Nación Parte de los Convenios de Ginebra, sus miembros seguirían siendo *combatientes ilegales*. Los terroristas debido a su estatus no tienen derecho a participar de las hostilidades, no pueden gozar del estatus de prisionero de guerra en caso de ser capturados, y, a diferencia de los civiles, son objetivos atacables.

Como se mencionó antes, para el DIH existen dos categorías a partir del principio de distinción del derecho de Ginebra: los combatientes, definidos por el art. 4 (incisos 1, 2, 3 y 6) del III, y civiles, definidos por oposición en el art. 50 del Protocolo Adicional I como toda persona que no comprendida en el art. 4 (incisos 1, 2, 3 y 6) ni el art. 43 del mismo Protocolo. Si bien Yoo y Ho (2003) y Detter (2007) aseguran que los grupos terroristas no cumplen con los requisitos necesarios para ser considerados combatientes, no discuten la posibilidad de que caigan dentro de la categoría de civiles.

Gross (2016) tiene en cuenta esta dicotomía entre combatiente/no combatiente, pero la desafía al considerar que no se adapta a la realidad actual. Si consideramos que los grupos terroristas no cumplen con los requisitos de combatiente, su estatus jurídico podría definirse como *civil que participa de las hostilidades*. Un civil, al igual que un *combatiente ilegal*, no posee derecho a participar directamente de las hostilidades. El art. 51.3 del Protocolo Adicional I estipula que un civil pierde su protección en el momento y por el tiempo que participe de las hostilidades.

Gross (2016) se centra en la discusión sobre la interpretación del art. 51.3 y cómo impacta en la guerra contra el terrorismo. El artículo dice “Las personas civiles gozarán de la protección que confiere esta Sección, salvo si **participan directamente en las hostilidades** y mientras dure tal participación.” Un civil que participa de las hostilidades no pierde su estatus como civil en el momento en que deja de participar goza de toda la protección conferida a tal categoría. Por lo tanto, la interpretación de “participación directa en las hostilidades” es vital para determinar cuándo un civil es un objetivo militar válido y cuándo debe ser protegido. En otras palabras, condiciona la capacidad de los Estados para “combatir” a los grupos terroristas.

El Comité Internacional para la Cruz Roja afirma que una interpretación limitada de “participación directa en las hostilidades” armoniza con el principio del DIH de proteger a la

población civil. Dicha noción, no describe el estatus de una persona sino a la participación en actos hostiles determinados. Esta participación directa en las hostilidades no comprende actos futuros, ya que una interpretación por fuera de actos específicos desdibujaría la diferencia entre la pérdida de protección por participación directa y la pérdida de protección basada en el estatus de combatiente. Expuesto de otra manera, la participación directa debe limitarse al momento en que una persona se involucra en un acto hostil. Si la interpretación fuera amplia y reflejara una continuidad, un civil que participa en las hostilidades sería objetivo atacable en todo momento. El Comité argumenta que, en la realidad operacional, no es posible diferenciar a ciencia cierta un civil que participa de las hostilidades recurrentemente de un civil que toma las armas momentáneamente. El informe concluye que “Basar la pérdida continua de protección en tales criterios especulativos inevitablemente resultaría en ataques erróneos o arbitrarios contra civiles, socavando así su protección” (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2009, p. 45).

Gross (2016) sostiene que una interpretación limitada, como la que propone el CICR, llevaría a una situación absurda donde los terroristas solo podrían ser atacables en el momento en el que realizan un ataque y no permitiría herirlos durante la planificación y escape de esa situación. Además, argumenta que el art. 51.3 no representa adecuadamente la conducta terrorista, ya que fue pensado para regular situaciones donde los civiles toman las armas por un tiempo limitado. Para el autor, “(...) el artículo no tenía la intención de proteger a un civil que se convierte en un combatiente de tiempo completo y, por lo tanto, no hay lugar para la inclusión de los terroristas que dedican sus vidas al terrorismo en el artículo” (Gross, 2016, p. 229).

Concluye que los terroristas no deben ser entendidos como civiles ni como civiles que participan de las hostilidades, a partir de considerar que ninguna de las categorías existentes es adecuada para confrontar al terrorismo internacional. Por lo tanto, el DIH debería incorporar, en opinión del autor, una tercera categoría: *combatiente ilegal*. De esta manera, la distinción entre civiles y combatientes se preservaría y los Estados tendrían herramientas para luchar contra los grupos terroristas.

## ii. Civiles

Para un grupo de autores, la dicotomía entre combatiente/no combatiente es la base para sostener que los terroristas deberían ser considerados civiles. Puesto que, en su mayoría, los

terroristas no cumplen con las condiciones necesarias para ser combatientes, como hemos visto, por oposición caen naturalmente dentro de la categoría de civil (Sassoli, 2006b; Duffy, 2005; Saul, 2014; Dörmann, 2003).

Sassòli (2006b) y Duffy (2005) se apoyan en la interpretación del CICR para afirmar que no existe un vacío entre el III y el IV Convenio de Ginebra: nadie puede caer en medio y, en consecuencia, no estar protegido por ninguno de los dos Convenios.

Sin embargo, para considerarse “persona protegida” bajo el IV Convenio de Ginebra debe satisfacerse un criterio de nacionalidad. Por un lado, el art. 4 protege a toda persona que en cualquier momento y motivo se encuentre en poder de una Parte del conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sea nacional. Es decir, aquellas personas que sean ciudadanos del Estado que las detiene, no gozan de todos los derechos enumerados en el IV Convenio. Por otro lado, en base a las relaciones diplomáticas, el Convenio no entiende como “persona protegida” a los nacionales de un estado neutral que se encuentren en el territorio de un Estado beligerante, ni a los ciudadanos de un Estado cobeligerante si este mantiene relaciones diplomáticas con el Estado que lo detiene. Estas excepciones de nacionalidad se basan en la premisa de que existen otras normas (diplomáticas) que los protegen. Sin embargo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) interpretó en el caso *Tadic* que, teniendo en cuenta el objeto y fin del art. 4 del IV Convenio de Ginebra, la protección de los civiles debe extenderse aun si son ciudadanos de la Parte que los detiene cuando no exista una vínculo de lealtad con esa Parte<sup>12</sup>; la relación puramente jurídica de ciudadanía no basta para negar la aplicabilidad del Convenio, por el contrario, es la sustancia de la relación con el Estado que detiene la que debe contemplarse.<sup>13</sup>

El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, basándose en el objeto y fin del Cuarto Convenio, entendió en este caso que la protección debe extenderse a las personas que se encuentren en poder de una Parte, siempre que ésta no les otorgue protección diplomática y los detenidos no le deban lealtad.

<sup>12</sup> TIPY, Cámara de apelaciones, Sentencia, Parágrafos 168–171. 1999. Visto en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

<sup>13</sup> Este criterio se denomina “nacionalidad efectiva”, introducido por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Liechtenstein v. Guatemala* (1955), donde se sostiene que la nacionalidad no depende solo de la residencia habitual sino de la existencia de una genuina conexión de intereses y sentimientos entre la persona y el Estado. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/18/018-19550406-JUD-01-00-EN.pdf>

Según el art. 5, algunos de los derechos que el Convenio IV confiere a las personas protegidas pueden derogarse en dos situaciones: A) si en el territorio de una Parte del conflicto, la persona protegida representa una amenaza a la seguridad de dicha Parte; B) si en territorio ocupado, una persona protegida es detenida realizando actividades de espionaje o de cualquier otro tipo que represente una amenaza para la Potencia ocupante. Sassòli (2006) reconoce que calificar a grupos terroristas como civiles puede producir resistencia; sin embargo, afirma que en una categoría los casos límite rara vez se asemejan al tipo ideal que se describe en ella, pero, de todas formas, se encuentran regulados por sus disposiciones. Como civiles, los terroristas que participan de las hostilidades pueden ser atacados y pierden toda protección durante tal participación. Según su lugar de detención (territorio ocupado o territorio de una Parte en conflicto), los terroristas pueden ser privados de su libertad por razones de seguridad y sus derechos como civiles pueden ser derogados sustantivamente.

En su artículo “Unlawful Combatants and the Geneva Conventions”, Jason Callen (2004) discute la premisa sostenida por el CICR de que toda persona en manos del enemigo debe tener un estatus bajo el DIH. El autor argumenta que, si bien los *combatientes ilegales* (en este caso terroristas) son civiles que participan de las hostilidades y, por consiguiente, están amparados por el IV Convenio de Ginebra, este tratado no alcanza a todos los tipos de *combatientes ilegales*. Es necesario destacar que la acepción de *combatiente ilegal*, en este caso, refiere a la “ilegalidad” de la participación en las hostilidades. A diferencia de Detter (2007) y Gross (2016), el autor no reconoce una tercera categoría dentro del DIH, sino que la utiliza para describir a toda persona que sin tener la autorización para hacerlo toma las armas para combatir.

Callen (2004) identifica dos categorías de *combatientes ilegales*: (A) *combatientes ilegales* capturados en territorio ocupado o en el territorio de una Parte del conflicto; (B) *combatientes ilegales* detenidos en el “campo de batalla” (el autor los denomina “battlefield unlawful combatant”). Esta clasificación deriva del art. 5 del Convenio IV, donde se delimitan los derechos reclamables por los civiles que se involucran en actividades hostiles en territorio ocupado o de una Parte beligerante. Puesto que el artículo no hace referencia a los civiles que participan en las hostilidades en el campo de batalla (territorio disputado que no está controlado por ninguna de las Partes en conflicto), el autor infiere que carecen de protección bajo el Convenio IV. Esta interpretación también fue sostenida por Baxter (1951) y retomada

por Draper (1971) y Kalshoven (1972). No obstante, Callen (2004) concede la posibilidad de que la falta de derogaciones en relación con los civiles capturados en territorio no controlado implique que estos están protegidos por todos los derechos conferidos a las personas protegidas bajo el Convenio.

Considerando que el tratado no excluye expresamente a los “*battlefield unlawful combatants*”, tanto Callen (2004) como otros autores se basan en evidencia histórica para determinar la intención de las Partes al momento de redactarlo. Una interpretación amplia de “territorio ocupado”, como la que sostiene el CICR en su primer Comentario sobre el IV Convenio de Ginebra (1958), implicaría que existe una situación de ocupación desde el momento de la invasión de las tropas enemigas y, por lo tanto, no hay distinción entre territorio ocupado y “campo de batalla”. Mientras que una interpretación más estricta, como la que refuerza Callen (2004), exige cierto nivel de control sobre el territorio por parte de las fuerzas armadas invasoras. Por lo cual, cuando este control no es efectivo el territorio se encuentra en disputa y es considerado “campo de batalla”.

Callen (2004) desestima la posición del CICR al considerar que sus argumentos reflejan las aspiraciones personales de sus integrantes más que la visión de los autores de los Convenios. “La interpretación del Comentario de la Convención Civil está abierta a impugnación porque sus editores no proveyeron ninguna cita al Acta Final de la Conferencia de Ginebra que apoyara sus puntos de vista” (Callen, 2004, p. 1046). El autor expone que durante los debates del comité encargado de la redacción del Convenio IV, los delegados manifestaron por consenso que todo *combatiente ilegal* cubierto por dicho Convenio no debía tener derecho a las mismas disposiciones que los civiles. El artículo 5, por consiguiente, se redactó en orden de limitar la protección ofrecida a los *combatientes ilegales* capturados en territorio ocupado o de una Parte beligerante.

En cuanto a la interpretación de “territorio ocupado”, Callen (2004) sugiere que los redactores del IV Convenio consideraban que el territorio ocupado y el campo de batalla eran áreas separadas. Para el autor, los redactores se basaron en la definición de “ocupación” dispuesta en el art. 42 de la IV Convención de la Haya (1907), tratado precursor del Convenio IV, que estipula que “Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse.” Por lo tanto,

existe una diferencia entre el campo de batalla y el territorio ocupado.

En conclusión, Callen (2004) asevera que existe un vacío entre el III y el IV Convenio de Ginebra, puesto que no todos los *combatientes ilegales* están protegidos bajo las disposiciones del último Convenio. En términos prácticos, el autor razona que el Convenio IV no se aplica a los terroristas de Al-Qaeda y miembros del Talibán detenidos en Afganistán entre 2001 y 2002, debido a que en ese período de tiempo no podía considerarse un territorio ocupado.

### *iii. Combatientes*

Una parte reducida de la bibliografía propone, sujeta a reservas, la posibilidad de considerar a los terroristas como combatientes. Dicho estatus depende de dos factores: (a) la conexión entre el grupo armado terrorista y las fuerzas armadas regulares de una Parte en conflicto; (b) la aplicabilidad del Protocolo Adicional I.

Szpak (2013) se basa en la estrecha relación entre Al Qaeda y el Talibán durante el conflicto armado en Afganistán para sostener el estatus de prisionero de guerra de todos sus miembros detenidos en Guantánamo. La autora reconoce que los miembros del Talibán, el gobierno *de facto* de Afganistán en aquel momento, representaban las fuerzas armadas de una Parte en conflicto y, en concordancia con el art. 4.A.1 y 3 del III Convenio de Ginebra, de ser detenidos tenían derecho al estatuto del prisionero de guerra. Puesto que los talibanes ejercían el control sobre el 80% del territorio, Szpak (2013) estima que Al-Qaeda obraba bajo su observación y protección. La negativa de entregar a Osama Bin Laden por parte del Talibán evidenciaba, para la autora, esta relación de control. Además, Szpak (2013) propone la existencia de una complementariedad entre estos dos grupos, ya que Bin Laden proporcionaba recursos al gobierno Talibán y este, a cambio, brindaba asilo para sus actividades. En el campo de batalla, ambas milicias actuaban en conjunto lo que hacía dificultosa su distinción. En resumen, la autora afirma “Al Qaeda estaba tan integrada en los talibanes que no estaba claro cuál controlaba a cuál” (Szpak, 2013, p. 388).

Dada la estrecha conexión entre Al-Qaeda y el Talibán, Szpak (2013) interpreta al primer grupo como miembro de las fuerzas armadas de Afganistán y, por consiguiente, reafirma su derecho al estatus de prisionero de guerra. En cambio, una postura contraria comprende que esta relación entre ambos grupos no refleja la pertenencia de Al-Qaeda a las fuerzas armadas del Talibán, sino su participación en las hostilidades como una milicia ajena a las fuerzas

regulares. En este sentido, los miembros de Al-Qaeda estarían sujetos a las precondiciones expuestas en el artículo 4.A.2 del III Convenio, a fin de obtener el estatus de prisionero de guerra. Szpak (2013), sin embargo, discute esta posición y argumenta que la conformación de las fuerzas armadas de un Estado depende exclusivamente de la legislación doméstica, lo que no impediría que estén formadas por varias milicias o cuerpos voluntarios. Para el gobierno de los Estados Unidos, el incumplimiento de los requisitos de distinción y de las leyes de la guerra fue motivo suficiente para negar el estatus del prisionero de guerra a los talibanes y a los miembros de Al-Qaeda. Las condiciones a las que hace referencia son las dispuestas en el art. 4.A.2 del III Convenio de Ginebra, que define como prisioneros de guerra a:

Los miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios, incluidos los de movimientos de resistencia organizados, pertenecientes a una de las Partes en conflicto y que actúen fuera o dentro del propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o estos cuerpos de voluntarios, incluidos estos movimientos de resistencia organizados, reúnan las siguientes condiciones:

a) estar mandados por una persona que responda de sus subordinados; b) tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia; c) llevar las armas a la vista; d) dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.

Szpak (2013), Goldman y Tittlemore (2002) y Duffy (2005) manifiestan que la estructura del art. 4.A condiciona el estatus de combatiente al cumplimiento de los requisitos mencionados solo con respecto a las milicias y cuerpos voluntarios. Las fuerzas armadas de un Estado, por el contrario, no están obligadas explícitamente a tales disposiciones para obtener el estatus de prisionero de guerra. El primer Comentario del CICR sobre el III Convenio de Ginebra indica que los requisitos del art. 4 A (2) son implícitos para las fuerzas armadas dado que, por su naturaleza, utilizan uniforme, poseen una estructura jerárquica, y conocen y respetan las leyes de la guerra (Preux, 1959). Sin embargo, en el Comentario sobre los Protocolos Adicionales (2001), el CICR postula que la inobservancia de dichos requisitos no conlleva la pérdida del estatus de combatiente. En efecto, “[s]i bien el cumplimiento de la ley razonablemente se puede *esperar* de los miembros de las fuerzas armadas regulares, no es *necesario* para obtener el estado de prisionero de guerra” (Goldman y Tittlemore, 2002, p. 10).

Aunque Al-Qaeda y el Talibán no llevaran armas a la vista, no tuvieran un signo distintivo que los identificara y, sobre todo, no dirigieran sus operaciones respetando las leyes y costumbres de la guerra, sus miembros no perderían su estatus como prisioneros de guerra en caso de ser detenidos. No obstante, de cometer crímenes de guerra, podrían ser juzgados y condenados por tales acciones.

A diferencia de Szpak (2013), Goldman y Tittmore (2002) consideran que no todos los miembros de Al-Qaeda pertenecían a las fuerzas armadas del Talibán. Aquellos que no peleaban junto con los talibanes conformaban otras milicias supeditadas al art. 4.A.2. Mientras las tres primeras condiciones de dicho artículo (pertenecer a una Parte en conflicto, formar parte de un grupo organizado y estar bajo el mando de una persona que responda por sus subordinados) son aplicables colectivamente, las últimas tres (llevar un sello distintivo reconocible a distancia, portar las armas abiertamente y conducir las operaciones respetando las leyes de la guerra) deben ser acatadas tanto por el grupo como por los individuos. Esto quiere decir que: si un miembro de la milicia cumple con todas las condiciones, pero la mayor parte del grupo no, le será negado el estatus de prisionero de guerra (Goldman y Tittmore, 2002). Teniendo esto en consideración, los autores aseveran que pocas milicias pueden o tienen incentivos para cumplir con las condiciones obligatorias estipuladas en el art. 4.A.2. Con respecto a los miembros de Al-Qaeda, los autores afirman que “(...) es difícil imaginar cómo cualquier miembro de estos grupos podría calificar para ese estatus si alguno de sus miembros cometió crímenes de guerra o no se distinguió de los civiles en el curso de las hostilidades en Afganistán” (Goldman y Tittmore, 2002, p. 30).

El Protocolo Adicional I relaja los requisitos del III Convenio de Ginebra. Bajo esta normativa, los grupos armados terroristas podrían ser considerados combatientes (Saul 2014). Sin embargo, es necesario recordar que, a diferencia de los Convenios de Ginebra, el Protocolo no fue ratificado ampliamente. Este es el caso particular de los Estados Unidos, de modo que el conflicto armado internacional con Afganistán no estuvo regulado por este tratado.

El Protocolo Adicional I define a las fuerzas armadas de manera tal que se desdibuja la distinción entre combatientes regulares (fuerzas armadas) y combatientes irregulares (milicias). En concreto, el art. 43.1 establece: “[l]as fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo



un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte (...)”. Adicionalmente, la misma disposición explicita la obligación de todas las fuerzas de respetar el derecho internacional al sostener que: “(...) Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir, *inter alia*, las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados”.

El artículo 44, por su parte, estipula que todo combatiente, así definido en el artículo 43, será prisionero de guerra si cae en manos del enemigo. La observación más importante para los grupos armados terroristas se encuentra en el art. 44.2, que estipula:

Aunque todos los combatientes están obligados a observar las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados, la violación de tales normas no privará a un combatiente de su derecho a ser considerado como tal o, si cae en poder de una Parte adversa, de su derecho a ser considerado prisionero de guerra, salvo lo dispuesto en los párrafos 3 y 4.

Más adelante, el art. 44.3 establece las condiciones mínimas que deberán respetarse para no perder el estatus de prisionero de guerra. Aunque los combatientes están obligados a distinguirse de la población civil, puede haber circunstancias en las que esto no sea posible. En tales casos, igualmente conservarán su estatus siempre que lleven sus armas abiertamente (a) durante todo el enfrentamiento militar y (b) durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras están tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que van a participar.

De no cumplir el estándar mínimo dispuesto en el art. 44.3, el combatiente pierde su derecho a ser considerado prisionero de guerra, pero mantiene las protecciones otorgadas por el III Convenio de Ginebra. La consecuencia es que podrá ser juzgado y sancionado por violar las leyes de la guerra.

En resumen, bajo el Protocolo Adicional I, respetando el estándar mínimo del art. 4.4.3, Al-Qaeda hubiese obtenido el estatus de combatiente, a pesar de no respetar las costumbres de la guerra.

### **III. PROTECCIÓN BAJO EL DIH**

Definir el estatus jurídico de una persona detenida en contexto de conflicto armado es fundamental teniendo en cuenta que de esto depende el alcance de la protección conferida

por el DIH. La categoría *combatiente ilegal*, entendida como un “intermedio” entre civil y combatiente, genera desacuerdo porque resta claridad a la hora de determinar qué derechos amparan a las personas que se encuentran dentro de esta categoría. En los párrafos que siguen se expondrán, aunque no de manera exhaustiva, los derechos que protegen a los terroristas según el estatus jurídico.

El III Convenio de Ginebra, relativo al Trato de los Prisioneros de Guerra, brinda la mayor protección posible a aquellos combatientes que se encuentran en manos del enemigo. Si cumplen con las condiciones mínimas del combatiente descritas en el apartado anterior, los terroristas se hallan amparados bajo dicho Convenio. Entre las disposiciones más importantes se encuentran el trato humano sin discriminación negativa y el respeto de su dignidad (arts. 13 y 14); la no obligación de declarar “más que sus nombres y apellidos, su grado, la fecha del nacimiento y su número de matrícula o, a falta de éste, una indicación equivalente” (art. 17); o el derecho a ser evacuados de la zona de combate evitando que corran peligros innecesarios (art. 19). En cuanto a la internación, los prisioneros no pueden estar detenidos en áreas donde se registren operaciones bélicas (art. 23); la potencia en cuyo poder se encuentren los prisioneros está obligada a cumplir con las condiciones básicas de alojamiento, alimentación y vestuario (arts. 25-28), así como de higiene y atención médica (arts. 29-32). Asimismo, el art. 34 estipula que el Estado que detiene debe respetar y facilitar el ejercicio de la religión, a condición de que los detenidos se adapten a las medidas disciplinarias dictaminadas por la autoridad militar. Los prisioneros pueden ser trasladados siempre y cuando esto no comprometa su salud (art. 47); y se les concede el derecho de recibir y expedir cartas, y mantener comunicación con su familia (art. 71). Además, hacia el final de las hostilidades, los prisioneros de guerra deberán ser puestos en libertad y repatriados inmediatamente (art. 117) a excepción de aquellos contra quienes se haya iniciado un proceso penal por un crimen o delito, en cuyo caso permanecerán detenidos hasta el fin de la causa o la extinción de la pena (art. 119).

El IV Convenio de Ginebra tiene por objetivo proteger a las personas civiles en tiempo de guerra, incluyendo a aquellas que participaron de las hostilidades. Sin embargo, como consecuencia de esta participación ilícita, la mayor parte de los derechos que confiere el tratado se ven limitados. Si en el territorio de una Parte en conflicto una persona protegida representa una amenaza, dicha Parte puede derogar aquellos derechos que de aplicarse

perjudicarían su seguridad estatal. En caso de territorio ocupado, si una persona protegida es detenida realizando actividades de espionaje o de cualquier otro tipo que represente una amenaza para la potencia ocupante, puede ser privada de su derecho de comunicación. En ambas circunstancias, las personas involucradas deberán ser tratadas con humanidad y, en caso de juicio, se debe garantizar un proceso equitativo y legítimo. Las personas protegidas pueden ser detenidas por delitos cometidos bajo la legislación doméstica del territorio ocupado o aquella que sea impuesta por la potencia ocupante. Además, puede ser internada por la potencia ocupante si esta considera que representa una amenaza para su seguridad. La decisión de internar a una persona protegida no debe ser arbitraria, el acusado tiene derecho de apelación y su caso debe ser revisado por un tribunal competente cada seis meses.<sup>14</sup>

Stoffels (2009) sugiere que estas disposiciones ofrecen a los Estados cierta flexibilidad peligrosa en su capacidad de acción. Ello es así ya que permiten la detención de civiles sospechados de cometer actos hostiles contra la seguridad del Estado sin mecanismos de control que analicen los argumentos que fundamentan dicha sospecha.

En cuanto al lugar de detención, el art. 49 del IV Convenio estipula la prohibición de todo traslado (en masa o individual) y deportación de personas protegidas internadas hacia el territorio de la potencia ocupante o cualquier otro país. El art. 76 agrega ciertas disposiciones sobre el trato debido a los detenidos, en el que se incluye la obligación de mantener a las personas protegidas dentro del territorio ocupado.

Como civiles que participan de las hostilidades, de cumplir con los requisitos de nacionalidad, los terroristas tienen derecho a las disposiciones mencionadas dependiendo de si fueron detenidos en territorio ocupado o de una Parte en conflicto. Si tenemos en cuenta la distinción que hacen Callen (2004), Draper (1971) y Kalshoven (1972), los terroristas capturados en el “campo de batalla” no estarían protegidos por el IV Convenio. Sin embargo, esto no quiere decir que estén desprotegidos totalmente bajo el DIH. El art. 75 del Protocolo Adicional I representa un estándar mínimo de protección obligatorio para todos los Estados por derecho internacional consuetudinario. En él se establecen garantías fundamentales aplicables a toda persona detenida por una Parte en conflicto y que no disfruta de un trato más favorable en virtud de los Convenios y el Protocolo Adicional I. El art. 75 prohíbe todo

---

<sup>14</sup> IV Convenio de Ginebra, arts. 41-43 y 78.

acto civil o militar, contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas detenidas. A su vez, obliga a la potencia que detiene a informar sin demora las razones por las que una persona se encuentra privada de su libertad y, también, insta a liberarla lo antes posible. En caso de haber cometido un delito, deberá ser puesta en libertad cuando desaparezcan las causas que justificaron su apriamiento. En cuanto a las garantías procesales, el artículo destaca la imparcialidad del tribunal (constituido conforme a los principios del procedimiento judicial ordinario) y la presunción de inocencia.

El art. 75 protegería a aquellos terroristas que, habiendo sido detenidos por participar de las hostilidades, no estén cubiertos por el III y el IV Convenio de Ginebra (Duffy, 2005; Goldman y Tittlemore, 2002; Stoffels, 2009; Dörmann, 2003). Antes de la aprobación del Protocolo Adicional I en 1977, el art. 3 común funcionó como red de seguridad como parte del derecho internacional consuetudinario, puesto que en sus disposiciones se enuncian algunas de las garantías mínimas descritas en el art. 75 (Dörmann, 2003). No obstante, la aplicabilidad del art. 3 común a conflictos armados internacionales generó cierto recelo teniendo en cuenta que su función era dar una regulación mínima a los conflictos armados de carácter no internacional. Detter (2007) rechaza la posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hamdan vs. Rumsfeld* de aplicar el art. 3 común a los miembros de Al-Qaeda o cualquier persona que se aliara a este grupo terrorista. Su argumento principal es que, mientras el art. 3 está limitado geográficamente al ámbito interno, el conflicto armado que involucraba a Al Qaeda era “claramente de un carácter *altamente* internacional” (Detter 2007, p. 1081).

Los autores que sostienen la existencia de una tercera categoría por fuera de los Convenios de Ginebra reconocen pocos derechos para los terroristas que caen en ella. Detter (2007) argumenta que, en caso de ser detenidos, los *combatientes ilegales* no tienen derecho al Estatuto del Prisionero de Guerra (III Convenio de Ginebra) y pueden quedar encerrados más allá del fin de las hostilidades. No obstante, están protegidos bajo un estándar mínimo de trato humano que prohíbe el uso de métodos de tortura y garantiza algunos derechos procesales básicos. Detter (2007) sugiere también que el art. 75 del Protocolo Adicional I, como norma de derecho consuetudinario, podría reflejar ese estándar con respecto a las protecciones judiciales. La autora resalta la importancia de un estándar mínimo ya que no todos los Estados poseen las mismas reglamentaciones internas. El recurso de *habeas corpus*

y la divulgación de evidencia, por ejemplo, no son recursos disponibles en todos los Estados (Detter 2007, p. 1088).

#### IV. RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL

Puesto que el derecho internacional tiene al Estado como sujeto principal, sus normas están principalmente dirigidas a regular su conducta. Los diferentes convenios y tratados que componen el derecho internacional establecen obligaciones directas para estos. Los actores no estatales, en cambio, están sujetos, en primera instancia, a la legislación doméstica. Sin embargo, la responsabilidad individual en el derecho internacional es relevante a la hora de juzgar crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y de agresión. Sin importar el estatus jurídico, aquellos terroristas que hayan cometido alguno de estos delitos podrán ser juzgados a nivel nacional o internacional. No obstante, la Corte Penal Internacional sólo tendrá jurisdicción para hacerlo si existe una remisión de una situación por parte del Consejo de Seguridad o por parte del Estado en el que se cometieron los delitos o cuyos nacionales son sospechosos de ser responsables (siempre que haya ratificado el Estatuto de Roma o aceptado la jurisdicción de la Corte). La existencia de un crimen internacional de terrorismo es discutida por los especialistas; como se expuso en el capítulo 1, la falta de consenso sobre la definición de terrorismo dificulta su posible codificación dentro del Estatuto de Roma.

Aunque los terroristas no puedan ser juzgados por un crimen internacional de terrorismo, diversos autores sostienen que algunos de los actos catalogados como terroristas pueden ser subsumidos dentro de los crímenes internacionales que caen bajo la jurisdicción de la CPI. Detter (2007), por ejemplo, afirma que Al-Qaeda ha sido culpable de genocidio por su persecución y ejecución a grupos de personas determinados: cristianos, ciudadanos estadounidenses y miembros del Estado de Israel. La autora fundamenta su posición en los artículos II (a) y III (c) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948).

El artículo II dice:

(...) se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a) **Matanza de miembros del grupo**; b) Lesión grave a la integridad física o

mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.<sup>15</sup>

Por su parte, el artículo III indica que serán castigados los siguientes actos: a) El genocidio; b) La asociación para cometer genocidio; c) **La instigación directa y pública a cometer genocidio**; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.<sup>16</sup>

Para la autora, Al-Qaeda es culpable de incitar al genocidio bajo el art. III.c en vista de sus declaraciones sobre el “(...) deber personal de todo musulmán (de) matar a los estadounidenses y sus aliados, civiles o militares” (Detter,2007, p. 1069). Asimismo, Detter (2007) se basa en los artículos IV y VI para argumentar que los miembros de Al-Qaeda y todo aquel que adopte objetivos similares serán castigados por un tribunal competente en el territorio donde el acto fue cometido, o por la Corte Penal Internacional en el caso de que las Partes Contratantes que hayan aceptado su jurisdicción.

En cuanto a la participación ilícita en las hostilidades, toda persona que tome las armas y no pueda ser considerada combatiente por el III Convenio de Ginebra ni el Protocolo Adicional I, podrá ser enjuiciada bajo el derecho doméstico. Los terroristas que no cumplan con los requisitos mínimos del art. 44.3 del Protocolo Adicional I, a pesar de gozar de la protección que establece el III Convenio de Ginebra, serán sancionables por su participación ilícita en el combate.

## V. CONCLUSIÓN

*Inter arma silent leges*

El derecho internacional humanitario cuestiona la idea de que, en tiempos de guerra, las leyes quedan a merced de la necesidad militar. Como cuerpo jurídico que busca proteger un último rastro de humanidad en un contexto cargado de violencia, su aplicación no debe limitarse por requisitos arbitrarios de seguridad (Mofidi y Eckert, 2003). Por esto, aunque la amenaza del terrorismo presente nuevos desafíos en la conducción de las hostilidades, las condiciones de humanidad siguen vigentes.

---

<sup>15</sup> Énfasis propio.

<sup>16</sup> Énfasis propio.

A lo largo de este trabajo pudo observarse que la condición principal para la aplicación del DIH es la existencia de un conflicto armado. Si bien los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales no definen con claridad lo que constituye un conflicto armado, la práctica de los Estados refleja un umbral mínimo de violencia que debe sobrepasarse para que el *ius in bello* comience a regir.

En cuanto a la participación de grupos armados terroristas, los conflictos armados de carácter no internacional (CANI) parecen representar en mayor medida los enfrentamientos que hoy involucran a estos actores no estatales. Sin embargo, para ser considerados Parte del CANI, el grupo armado debe tener, como condición mínima, cierto grado de organización. Bajo este tipo de conflictos, el estatus jurídico no es relevante puesto que no existe un privilegio del combatiente. Tanto civiles como miembros de los grupos armados terroristas no poseen derecho a participar de las hostilidades y, en caso de ser vencidos por las fuerzas estatales, pueden ser enjuiciados por tomar las armas.

En contexto de conflicto armado internacional (CAI), considerar a los grupos armados terroristas como parte independiente es controversial. El DIH determina claramente que un conflicto armado internacional surge del enfrentamiento entre dos Altas Partes Contratantes, es decir, Estados. No obstante, como consecuencia de los ataques del 11 de septiembre, un sector de la bibliografía comenzó a cuestionar la idea de que las guerras solo involucraban a Estados soberanos. La realidad demostró que actores no estatales pueden ejercer el mismo nivel de daño que un Estado Asimismo, dichos grupos terroristas pueden verse en medio de un conflicto armado internacional que surgió entre dos o más Estados. En estos casos, el estatus jurídico sí es relevante porque la protección y responsabilidad varía.

Del análisis crítico de la bibliografía consignada se concluye que no hay una posición libre de objeciones. Los terroristas, como grupo, no poseen un estatus definido. Su situación debe analizarse caso por caso, teniendo en cuenta los tratados que aplican. En aquellos conflictos armados internacionales entre Estados que ratificaron el Protocolo Adicional I, los terroristas tendrán mayor posibilidad de ser reconocidos como combatientes dada la laxitud del art. 44 (3). Sin embargo, teniendo en cuenta que el Protocolo Adicional I no aplica a conflictos contra los Estados Unidos (el principal Estado involucrado en la “guerra contra el terrorismo”), esta posibilidad se reduce considerablemente. En casos en que el Protocolo Adicional I no tenga jurisdicción o no se cumpla el estándar mínimo del art. 44.3, los

terroristas detenidos podrían ser considerados civiles que participan directamente de las hostilidades. Dos objeciones pueden presentarse: no hay una definición clara de “participación directa en las hostilidades” (por lo tanto, esta categoría puede abarcar o no a terroristas que participan “tiempo completo”) y, como advierten algunos autores, los terroristas detenidos en el “campo de batalla” podrían quedar excluidos del ámbito de protección del IV Convenio de Ginebra. Bajo esta última objeción, no obstante, los terroristas seguirían teniendo el estatus de civil que participa de las hostilidades, pero sus derechos se verían severamente recortados.

Por vía del derecho internacional consuetudinario es difícil concluir que los terroristas carezcan de protección. Toda persona en manos del enemigo tiene derecho a las garantías básicas estipuladas en el art. 75 del Protocolo Adicional I y el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra. Por lo tanto, de no tener estatus de combatiente protegido por el III Convenio de Ginebra, ni estar amparado por el IV Convenio de Ginebra por no cumplir el criterio de nacionalidad o por ser detenido en el campo de batalla, el DIH otorga protección a través del carácter consuetudinario del art. 75. Se trata de los estándares mínimos que el DIH consagra en complementariedad con el régimen de protección de los derechos humanos, aplicable siempre (en tiempos de paz y en tiempos de guerra) y respecto de todos.

Independientemente del estatus jurídico, la responsabilidad individual por crímenes de genocidio, de guerra, de lesa humanidad y de agresión es la misma. El estatus solo confiere inmunidad frente a la participación en las hostilidades. Como civiles, los terroristas detenidos pueden ser juzgados por tomar las armas, en la medida en que no estaban autorizados para hacerlo (por no ser combatientes).

En definitiva, sostenemos aquí que reconocer derechos a los terroristas no implica conceder impunidad frente a las atrocidades de sus actos. Los ataques indiscriminados a la población civil son profundamente condenados por la comunidad internacional y sus perpetradores deben ser juzgados. No obstante, la persecución de estas personas no debe apartarse del derecho internacional. Como Mofidi y Eckert afirman: “[i]ncluso una guerra para librar al mundo del mal debería estar sujeta al derecho humanitario” (Mofidi y Eckert, 2003, p. 92).



## VI. BIBLIOGRAFÍA

### A. Primaria

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña ("I Convenio de Ginebra")*, 12 de agosto de 1949, Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar ("II Convenio de Ginebra")*, 12 de agosto de 1949, Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, 8 de junio de 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949- proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 8 de junio de 1977, Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Reglamento Anexo a la IV Convención de la Haya 1907*, 18 de octubre de 1907, Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1907-regulations-laws- customs-war-on-land-5tdm39.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra ("III Convenio de Ginebra")*, 12 de Agosto de 1949, 75 UNTS 287. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra ("III Convenio de Ginebra")*, 12 agosto 1949, 75 UNTS 135. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-3-5tdkwx.htm>

Corte IDH, Caso Juan Carlos Abella vs. Argentina, 18 de noviembre de 1997, Informe N° 55/97. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>

Corte Suprema de los Estados Unidos, Ex Parte Quirin, 317 U.S. 1, 1942. Disponible en:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/317/1/>

Corte Suprema de los Estados Unidos, Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 2006. Disponible en:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/548/557/>

Documentación Presidencial. Orden militar del 13 de noviembre de 2001. *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Disponible en:

<https://fas.org/irp/offdocs/eo/mo-111301.htm>

Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención Internacional contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios*, 04 de diciembre de 1989.

Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1989-mercenaries-5tdmhy.htm>

Naciones Unidas, Asamblea General, *Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*, 09 de diciembre de 1948, RES 260 A (III), Entrada en vigor: 12 de enero de

1951. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>

Naciones Unidas, Asamblea General, *Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo*, 9 de diciembre de 1999, entrada en vigor 2002.

Naciones Unidas, Asamblea General, *Estatuto de roma de la Corte Penal Internacional*, 17 Julio 1998, entrada en vigor 2002.

ISBN No. 92-9227-227-6 (Última enmienda 2010) Disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Fiscal vs. Tadic, Cámara de apelaciones, 1995. Consultado en: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm>

## **B. Secundaria**

Baxter, Richard. 1951. So-called 'unprivileged belligerency': Spies, guerrillas, and saboteurs. *British Yearbook of International Law*: 323.

Bott, Gregory. 2016. The Operations of the Islamic State and The Relevance of International Humanitarian Law. *Australian International Law Journal*: 99-111.

Callen, Jason. 2004. Unlawful Combatants and the Geneva Conventions. *Virginia Journal of International Law*: 1025-1072.

Comité Internacional de la Cruz Roja. 2009. Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law.

- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2001. *Comentario del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949*. Colombia: Plaza & Janés Editores Colombia.
- Danner, Allison M. 2007. Defining Unlawful Enemy Combatants: A Centripetal Story. *Texas International Law Journal*: Vol. 43 1-14.
- Detter, Ingrid. 2007. The Law of War and Illegal Combatants. *The George Washington Law Review*: 1049-1104.
- Dörmann, Knut. 2003. La situación jurídica de los "combatientes ilegales/no privilegiados". *Revista Internacional de la Cruz Roja*: 1-19.
- Draper, Gerald. 1971. The status of combatants and the question of guerrilla warfare. *British Yearbook of International Law*: 173-218.
- Duffy, Helen. 2005. *The 'War on Terror' and the framework of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Goldman, Robert K., y Brian D. Tittmore. 2002. Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law. *The American Society of International Law Task Force on Terrorism*: 1-57.
- Gross, Emanuel. 2004. The struggle of a democracy against the terror of suicide bombers: ideological and legal aspects. *Wisconsin International Law Journal*: 597-710. 2016. The Third Player-Illegal Combatant." *San Diego International Law Journal*: 199-238.
- Kalshoven, F. 1972. The Position of Guerrilla Fighters under the Law of War. *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*: 55.
- Mofidi, Manooher, y Amy E. Eckert. 2003. Unlawful Combatants or Prisoners of War: The Law and Politics of Labels. *Cornell Int' L. J.*: 59-92.
- Neuman, Gerald. 2003. Humanitarian Law and Counterterrorist Force. *European Journal of International Law* :283-293.
- Pictet, J. 1958. Commentary: IV Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. *Comité Internacional de la Cruz Roja*
- Preux, Jean. 1959. Commentary: Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War. *CICR*.
- Sassòli, Marcos. 2004. Use and Abuse of the Laws of War in the War on Terrorism. *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*: 195-221. 2006a. Terrorism and War. *Int'l Crim. Just*: 959-981.
- 2006b. Transnational Armed Groups and International Humanitarian Law. *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research - Harvard University - Occasional Paper Series*: 1-43.

- Saul, Ben. 2014. Terrorism and International Humanitarian Law.» *Research Handbook on International Law and Terrorism*
- Stephens, Tim. 2007. International Criminal Law and the response to International Terrorism. *UNSW Law Journal*: 456-481.
- Stoffels, Ruth Abril. 2009. Legal Limbo at Guantanamo Bay. Supreme Court v. Bush Administration: June 29<sup>th</sup> 2006 Decision. Editado por Pablo Antonio Fernández- Sánchez. *International Humanitarian Law Series* 23: 457-468.
- Sylvain, Vité. 2009. Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations. *International Review of the Red Cross* 91, n° 873
- Szpak, Agnieszka. 2013. The Legal Status of the Guantanamo Bay Detainees - Ten Years Later. *Birkbeck Law Review*: 375-420.
- Weiner, Allen s. 2005. Law, Just war, and the international fight against terrorism: is it war? *CDDRL Working Papers*: 1-29.
- Yoo, John C., y James C. Ho. 2003. The Status of Terrorists. *Virginia Journal of International Law*: 207-228.

# **EL ESTADO DE EXCEPCIÓN SCHMITTIANO: UNA MIRADA DESDE EL ORDENAMIENTO ARGENTINO**

Lara Benitez

## **I. INTRODUCCIÓN**

En una primera instancia, el presente trabajo tendrá por objetivo profundizar en las implicancias de la aplicación del "estado de excepción" schmittiano. Para ello, explorará las posturas intermedias que han ido emergiendo a partir de su postulado. Estas pretenden aplicar su teoría solo en casos de excepción, puesto que consideran que el normativismo kelseniano es el adecuado para estados de normalidad. En este sentido, nuestro estudio intentará, por un lado, demostrar que la definición vaga de "estado de excepción" que brinda la teoría puede dificultar el hecho de limitar su aplicación a ciertos casos en particular. Por otro lado, pretenderá indagar sobre facultades similares al "estado de excepción" schmittiano en el ordenamiento argentino: los decretos de necesidad y urgencia (DNU). En esta línea, se querrá demostrar que este tipo de estados excepcionales, al igual que los concebidos por la teoría de Schmitt, encuentran dificultades al tratar de ser limitados en su aplicación. En consecuencia, se postulará la imposibilidad de aplicación de las teorías intermedias en regímenes republicanos y, particularmente, en la Argentina. De todos modos, no debe dejar de tenerse en cuenta que la teoría propuesta por Schmitt está pensada, específicamente, para los estados de sitio y es claro que, en esas circunstancias, el modo de aplicación y las críticas o comentarios serán otros. No obstante, los fundamentos propuestos por este autor son válidos para explicar e intentar justificar los DNU, pero generan ciertos conflictos constitucionales que el artículo buscará ilustrar.

En una segunda instancia, el trabajo explorará el valor descriptivo de la teoría, sustentado en fallos de la Corte Suprema que recurren a argumentos schmittianos para decidir ciertos casos. Esto con el objetivo de explicitar la presencia de fundamentos utilitaristas que la sustentan. Frente a esto, se postularán, por una parte, razones utilitaristas por las que la teoría pierde fuerza prescriptiva. Por otra, se propondrán posibles modificaciones a la teoría que,

consideramos, podrían dotarla de un mayor valor prescriptivo en regímenes republicanos y, especialmente, en la Argentina. A modo de cierre, se tratarán de explorar las posibles consideraciones de justicia que la teoría debería tener en cuenta.

## **II. BREVES NOCIONES TEÓRICAS SOBRE EL DEBATE KELSEN-SCHMITT**

Antes de abordar las problemáticas de las que pretende encargarse este trabajo, es pertinente recordar algunos de los puntos más importantes de la discusión teórica que protagonizaron Carl Schmitt y Hans Kelsen.

Para facilitar la comprensión de la crítica schmittiana a la teoría de Kelsen, puede resultar útil fijar dos ejes centrales. Por un lado, las bases que cada uno considera que respaldan y dan sustento a un orden jurídico. Por otro, la posibilidad de aplicación de cada una de las teorías a la multiplicidad de situaciones que pueden presentarse en un Estado.

Para contextualizar ambas críticas, es preciso recordar la visión normativista que Kelsen posee sobre todo orden jurídico. Respecto a esto, el autor sostiene que un ordenamiento jurídico debe ser definido como un sistema de normas cuya validez se halla en otra norma y no en algo externo a ella. Como consecuencia, el fundamento último de todo derecho sería, para Kelsen, la norma básica que otorga validez a la Constitución y nunca un hecho. Por otra parte, no duda en afirmar que el soberano se halla siempre sujeto a las normas, motivo por el que no podría ignorarlas o apartarse del orden vigente, independientemente del contexto en el que se encuentre (Farrell, 2015; Kelsen, 2007).

A partir de estas afirmaciones, Schmitt desarrolla su primera crítica basada en la insuficiencia que, para él, padece esta definición de orden jurídico, dado que eludiría el elemento decisionista presente en la aplicación de esas normas. En efecto, para este autor, la fuente del derecho consiste en la acción soberana de dictar una orden que reviste el carácter de decisión última y, en el caso de las democracias, la decisión política del pueblo previa al establecimiento de cualquier norma (Farrell, 2015; Schmitt, 2006). De este modo, el fundamento último del derecho sería, para Schmitt, un hecho –la decisión– y no otra norma, principalmente porque entiende que “una norma no podría producir por sí misma sus

condiciones de efectución” (Kervégan, 2007, p. 34). En otras palabras, Schmitt no desconoce la función que cumplen las normas; pero señala que no son autoridad por sí mismas, sino que se convierten en tales en virtud de una decisión determinada (Freund, 1860, p, 70). No obstante, esta crítica no es relevante a los efectos de este trabajo. Sí lo es la segunda crítica mencionada dedicada a las condiciones en que cada teoría puede ser aplicada. En este sentido es que se materializa la idea schmittiana –la más conocida quizás–, que sostiene que las normas son útiles en las situaciones normales y homogéneas –aunque se fundamenten en decisiones– pero no lo son en estados excepcionales de caos definidos y determinados por el soberano. Estas situaciones, según su postura, requieren decisiones autónomas de las normas vigentes si se quiere preservar el orden y la existencia del Estado. En esta línea, sostiene que es solo en este momento en el que el carácter de soberano toma sentido, en tanto muestra su autoridad ilimitada luego de suspender el orden vigente. Asimismo, una característica central de esta particular situación es el hecho de que no pueden ser previstas por ninguna norma y, por ello, no se encuentra codificada en el orden jurídico existente (Farrell 2015; Schmitt, 2006; Freund, 1860). Adicionalmente, Schmitt señala que el poder del soberano se encuentra latente siempre, pero se exterioriza en los estados de excepción cuando debe decidir por fuera de la norma.

De esta forma, quedan definidos los preceptos teóricos que son necesarios tener en cuenta antes de abordar la problemática que este trabajo busca desarrollar.

### **III. LAS POSTURAS INTERMEDIAS**

La teoría de los estados de excepción como interruptores del orden jurídico vigente, que dan lugar al poder ilimitado del soberano, fue susceptible de distintas interpretaciones. Sin embargo, nos resulta particularmente relevante una postura que llamaremos “postura intermedia”. Esta postura, en pocas palabras, busca conciliar los postulados kelsenianos y los schmittianos y señala que deben ser usados dependiendo de las circunstancias. De esta forma, insiste en que la teoría de Kelsen resulta pertinente en estados de normalidad y homogeneidad pero que, en presencia de situaciones de emergencia, es imperioso recurrir a los postulados de Schmitt. Esto no solo implica que en casos excepcionales la teoría de Schmitt dará cuenta del derecho de una forma más completa que la teoría de Kelsen, sino también admitir las

facultades que el soberano tendrá al configurarse estas circunstancias. Este segundo punto es el que queremos abordar.

Respecto a lo anterior, debemos aclarar que quienes adhieren a esta postura no estarían dispuestos a aceptar que la teoría schmittiana sea considerada la regla y, por ende, esté vigente también en los estados de normalidad. No obstante, pretender dar por válidas estas facultades solo en los estados de excepción puede hallar serias dificultades en cuanto a límites. En otras palabras, problemas a la hora de determinar qué es y qué no es un estado de excepción y, así, fijar un campo de aplicación. En este sentido, lo que desearían las posturas intermedias que sea la excepción podría convertirse en la regla por dos razones principales: primero, por la vaguedad presente en la noción general de “estado de excepción” desde su formulación en la tesis de Schmitt y, segundo, por problemas en la forma en la que es reglamentado en el ordenamiento argentino.

#### **IV. LA FALTA DE DEFINICIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN SCHMITTIANO**

Como se ha adelantado, el estado de excepción se caracteriza por no poder ser previsto por el ordenamiento ni específicamente determinado ya que “como mucho puede ser descrito como estado de extrema urgencia, de peligro para la existencia del Estado, etc. pero no puede ser fácticamente circunscrito” (Kervégan, 2007). Asimismo, Schmitt no tiene reparos en dar cuenta de la amplitud que caracteriza a esta noción, en tanto sostiene explícitamente la imposibilidad de señalar con claridad cuándo un caso es de necesidad (2006). Cabe advertir, incluso, que el autor no utiliza la palabra “extrema necesidad” ni adjetivos que califiquen qué tan urgente debe ser el caso que faculta al soberano para apartarse de las normas. A pesar de esto, no podemos descuidar que agrega que se configura cuando “apenas ha de crearse la situación en que los preceptos jurídicos pueden valer” (Nosetto, 2015, p. 3). Dada esta indefinición normativa, fáctica y terminológica, tiene sentido encontrar dificultades para determinar a qué se refiere o qué casos busca incluir de modo que sea posible caracterizar el estado de excepción como “cualquier tipo de perturbación política o económica severa que requiere la aplicación de medidas extraordinarias” (Farrell, 2015, p. 4).



En este contexto, es necesario tener en cuenta dos puntos centrales para tomar consciencia de la magnitud del conflicto. Por un lado, nos enfrentamos a potestades ilimitadas que prescinden totalmente de las normas. En este sentido, cabe recordar que la decisión en el estado de excepción se caracteriza por autonomizarse completamente de la norma, apuntar a normalizar la situación y ser personal, dando cuenta de quién es el soberano (Nosetto, 2015). Por otro lado, hallamos un contexto extremadamente amplio e indeterminado que facultaría su desarrollo. Bajo estas dos perspectivas, el conflicto al que queremos referirnos se configura como un temor –fundado, por cierto– a los excesos de poder y avasallamiento de derechos que podría implicar. Ciertamente, su gravedad va a depender de en qué tipo de estado se dé esta situación, volviéndose más problemático en los regímenes republicanos que pregonan la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos para evitar los abusos autoritarios.

## **V. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU REGULACIÓN EN LA ARGENTINA**

Para analizar la posible aplicación de la teoría al sistema normativo argentino, hay que partir de la base de que se trata de un gobierno republicano que, como tal, busca garantizar la división de poderes y evitar injerencias o avasallamientos de un poder sobre otro. En esta línea, teniendo en cuenta la existencia de tres poderes –Ejecutivo, Legislativo y Judicial– cabe preguntarse a quién consideraría Schmitt como soberano. Frente a esto, es aceptable conjeturar que lo más parecido a un soberano en gobiernos de esta especie es el Poder Ejecutivo. Esto por ser el encargado de la administración general del Estado, de las fuerzas armadas, de las relaciones con naciones extranjeras y por el carácter unipersonal del presidente, acorde con lo que Schmitt tenía en mente al hablar del soberano. No obstante, su poder es ciertamente limitado debido al peso que ejercen los otros dos poderes, especialmente por la facultad del legislativo de ser quien, por regla, sancione las normas, y el judicial por ser quien controle la legalidad de los actos. Sin embargo, existe una situación en la que el Poder Ejecutivo es dotado de un poder excepcional de legislar, asemejándose aun más a un soberano propiamente dicho: la facultad de emitir decretos de necesidad y urgencia consagrada en el art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional.

Esta cláusula proclama –como norma general– que no es atributo del Poder Ejecutivo dictar normas de carácter legislativo. No obstante, señala que podrá hacerlo “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”. De esta forma, consagrados los conocidos decretos de necesidad y urgencia, la Constitución parece reconocer esta facultad del “soberano” de tomar decisiones autónomas y personales en situaciones excepcionales. Si tratamos de contextualizarlo en la teoría schmittiana, podemos afirmar que, como esta señala, el ordenamiento puede y ha podido determinar quién tomará las decisiones en un estado de excepción, aunque no ha podido determinar específicamente los preceptos fácticos que hacen a este estado particular. En esta línea, las únicas limitaciones que se imponen a esta facultad del ejecutivo son que se trate de un caso de necesidad y urgencia, que “no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos” y que, posteriormente, sea aprobado por la Comisión Bicameral Permanente. Si bien a simple vista es posible apreciar marcadas diferencias entre esta regulación y la teoría que propone Schmitt, en tanto el soberano encuentra limitaciones, estas se desdibujan considerablemente si se profundiza en la redacción del artículo. En primer lugar, las nociones de necesidad y urgencia no aportan demasiada precisión ni limitan realmente el ejercicio de esta potestad. En efecto, se tratará de una cuestión argumentativa, es decir, de por qué se considera que la situación es de extrema urgencia. En segundo lugar, respecto a la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios de la legislación, la Corte Suprema ha especificado que refiere a que las Cámaras no puedan reunirse por cuestiones de fuerza mayor o que se requiera una solución rápida (Fallo Asociación Argentina de Compañías de Seguros, 2015). Como se puede observar, esta última disposición, que permite la facultad excepcional en caso de necesidad de “soluciones rápidas”, puede configurarse fácilmente en una vía para emitir Decretos. Por último, las limitaciones acerca de la materia sobre la que pueden legislar son, a veces, ignoradas por la Corte a la hora de evaluarlas; ejemplo de esto es el caso Peralta.

Lo que tratamos de señalar con todo esto es que el estado de excepción que faculta al Poder Ejecutivo a ejercer poderes que no le pertenecen, como lo es el de legislar, padece el mismo problema de vaguedad que la definición de estado de excepción brindada por Schmitt en su teoría. Partiendo de considerar los postulados schmittianos únicamente desde una perspectiva teórica, las posibles preocupaciones que podían plantearse al respecto podrían terminar en

meros esbozos teóricos. Sin embargo, al observar cómo su teoría cobra fuerza y entidad desde la redacción de nuestro texto fundamental, los posibles conflictos parecen evidenciarse.

Como se ha adelantado, brindar un campo de aplicación tan flexible para la aplicación de facultades tan excepcionales puede determinar ciertos efectos negativos en cuanto a ideales constitucionales. En términos prácticos, en nuestro sistema, puede implicar distintas cosas. En primer lugar, el uso y abuso de los DNU como mecanismos para gobernar prescindiendo del proceso legislativo pertinente, permite la creación de normas o la *toma de decisiones* rápida y sin necesidad de consenso. Esto trae aparejados daños en el funcionamiento democrático, en tanto prescindir de la legislatura es prescindir de la voluntad popular. Por otro lado, implica claramente una fuerte lesión a la división de poderes consagrada por la Constitución. En efecto, mediante el otorgamiento de atribuciones tan amplias al Poder Ejecutivo hay claramente un poder que está siendo avasallado y relegado: el Poder Legislativo. Por último, y como consecuencia general de la regulación de facultades similares al estado de excepción schmittiano que encontramos en nuestro país, se encuentra el riesgo que adelantábamos: que la excepción se convierta en la regla. Para explicitar esto, las cifras son elocuentes: “durante los primeros meses de gestión Menem dictó 44 DNU, De la Rúa 30 y Kirchner 50” (Sabsay, 2011, p. 629). De esta forma, es acertado afirmar, como distintos autores sostienen, que la vaguedad terminológica del “estado de necesidad y urgencia” importa “una suerte de ‘talismán’ al servicio de todo autócrata que pretenda desconocer a sus súbditos cualquier prerrogativa que importe algún límite al ejercicio de sus propias potestades” (p. 623). Sin embargo, no sería correcto interpretar, en primer lugar, que la transformación de la excepción en la regla es una cuestión meramente cuantitativa. Por el contrario, aunque en cifras aún siga siendo predominante la regulación mediante la aplicación de normas sancionadas a través de un trámite ordinario, lo importante aquí es cómo se desconoce en su aplicación el carácter excepcional del estado de excepción consagrado por Schmitt. Al mismo tiempo, no se debe creer que esto es una consecuencia derivada únicamente de gobernantes autócratas que intencionalmente desconocen los preceptos constitucionales para hacer su voluntad, sino que es el derivado casi lógico de un “estado de excepción” definido en términos especialmente vagos, desde su consagración en la teoría de Schmitt hasta su formulación concreta en nuestras normas constitucionales.

## VI. LA VIABILIDAD DE APLICACIÓN DE LAS POSTURAS INTERMEDIAS

Ahora bien, retomando la postura intermedia de aquellos que pretenden aplicar la teoría de Schmitt únicamente en casos de excepción, cabe cuestionarse si esta sigue siendo viable teniendo en cuenta la señalada imprecisión conceptual que ronda al término “estado de excepción”. En otras palabras, si existe posibilidad de aplicarla *solo* a los estados de excepción, cuando ni el propio Schmitt ni aquellos que se han dedicado a trabajar sus postulados han precisado exactamente de qué hablamos cuando hablamos de un estado de excepción. Más aún, esta imprecisión parece ser parte de la esencia del concepto concebido por el autor. Es así que, teniendo en cuenta la definición teórica junto con la regulación y la práctica institucional argentina, la aplicación del estado de excepción schmittiano parece encontrar límites considerables por la dificultad de limitar las facultades excepcionales a aquel caso excepcional. En efecto, el ejercicio concreto de estas facultades por parte de los gobernantes parece señalar la imposibilidad de que se limiten *solo* a los casos señalados: si el estado de excepción no está correctamente limitado, se actuará como si se estuviera en un caso de excepción, aun sin estarlo. Esto no implica desconocer la potencial utilidad de su teoría, ello en tanto cabe conjeturar que al autor no le preocuparía que el soberano decida aun en casos que no sean excepcionales ya que, para él, la decisión es lo que logra describir más acertadamente los fundamentos del derecho. Sin embargo, sí es una imposibilidad para las posturas intermedias que sí se preocupan por limitar la teoría de Schmitt a los casos de excepción y por dejar regir la teoría de Kelsen en los estados de normalidad. Asimismo, implica un llamado de atención a la aplicación de la teoría en el ordenamiento argentino. Esta no puede ser utilizada sin modificaciones si se quiere seguir respetando el orden republicano. Para su aplicación, es necesario reformularla y definir contextos fácticos del estado de excepción que limiten el ejercicio de las facultades del Poder Ejecutivo e impidan que este use atribuciones que no le corresponden en casos de normalidad. En otras palabras, un contexto fáctico que impida que la excepción se use cuando no hay excepción.

## VII. ANALIZANDO EL VALOR DE LA TEORÍA

Sin perjuicio de lo analizado respecto a las lesiones a nivel constitucional que implica la aplicación de la teoría de Schmitt, nos negamos a concluir sin más que su teoría está

desposeída de valor. Por un lado, es posible que esta tenga un gran valor descriptivo y, por otro, que existan razones contundentes para asignarle cierto valor prescriptivo.

### **A. EL VALOR DESCRIPTIVO DE LA TEORÍA**

Para analizar su valor descriptivo es pertinente recordar que muchos de los DNU son sometidos a un control de constitucionalidad ejercido por el Poder Judicial, luego de que individuos afectados por sus regulaciones los impugnen de inconstitucionales. De esta forma, la eficacia de la teoría para describir lo que efectivamente sucede en nuestro país no estará dada únicamente por lo que el Poder Ejecutivo decida hacer, sino también por la aceptación o no del Poder Judicial. Es así que, para observar si se han configurado situaciones que puedan ser encuadradas en el estado de excepción schmittiano —caracterizado por las decisiones independientes de las normas tomadas por el soberano en estas circunstancias—, no bastará con observar si el Poder Ejecutivo dicta regulación de este tipo, sino también si la Corte le permite apartarse del ordenamiento jurídico por considerar que se configura un estado excepcional. Asimismo, cabe aclarar que será suficiente con hallar algunos casos en los que se haya aplicado la teoría decisionista para poder asignarle valor descriptivo, ya que esta no señala que los estados de excepción se den a menudo. Por el contrario, sostiene únicamente que se configuran en ciertas ocasiones y que dan lugar al ejercicio del poder autónomo de las normas por parte del soberano.

En primer lugar, vale la pena señalar el caso *Peralta, Luis A. y otro c. Estado Nacional* (1990). En este se peticiona la declaración de inconstitucionalidad de un decreto emitido por el Poder Ejecutivo Nacional que dispuso que la devolución de los depósitos a plazo fijo que excediesen de determinada cantidad sería realizada en títulos de deuda pública. Los actores argumentan, entre otras cosas, que la disposición resulta violatoria de ciertas normas constitucionales como el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Ley Fundamental. Si bien la línea de argumentación de la Corte abordará dos puntos centrales, a saber, si medió la fase legislativa en el DNU y si se configuraron las situaciones excepcionales que lo habilitan, nos concentraremos en este último por resultar más pertinente a nuestro estudio. En esta línea, para fundamentar acerca de la procedencia del DNU debido al contexto, el Tribunal Supremo recurrirá a argumentos del estado de excepción de Schmitt.

En primer lugar, la Corte parece relacionar al encargado del Poder Ejecutivo con el soberano schmittiano, señalando que es este quien posee la responsabilidad de proveer de la manera más inmediata a la continuidad de la vida del Estado. En este sentido, los magistrados sostienen que en momentos de perturbación social y económica u otras situaciones de emergencia, es posible que se ejercite el poder del Estado “de una forma más enérgica”. Para ello, entienden que, de configurarse un estado de emergencia, este puede sancionar normas que no niegan pero sí limitan temporalmente la percepción de ciertos beneficios, especialmente en el caso del derecho de propiedad. Respecto a esto, es necesario aclarar que se configura una diferencia no menor con la teoría schmittiana, en tanto la decisión del “soberano” no se podría apartar totalmente de las normas, *i.e.*, desconocer derechos. Por el contrario, solo estaría facultado para limitarlos temporalmente. De todas formas, la presencia de argumentos de la teoría de Schmitt es evidente. En el caso en particular, la Corte considera que no se configuraría una violación del precepto constitucional en tanto no existen derechos absolutos. Por ese motivo, por contribuir a la supervivencia del Estado y por tratarse de un estado de “emergencia económica” consideran que el Decreto es procedente, aceptando y legitimando las acciones del soberano. Asimismo, en el fallo se evidencian argumentos de la crítica schmittiana a la teoría normativista de Kelsen relacionados con que, a la hora de decidir, los gobernantes no se encuentran totalmente atados a las normas. En esta línea, la Corte señala reiteradas veces que la Constitución debe ser interpretada de forma “flexible” de acuerdo con el contexto. No obstante, el desarrollo de este tema excede los propósitos de nuestro trabajo.

En segundo lugar, puede ser útil hacer una breve mención al fallo Jorge Daniel Cocchia c. Nación Argentina y otro (1993), en el que se pretende declarar la inconstitucionalidad de un decreto que modificó la regulación de los convenios colectivos de trabajo y del marco legal del trabajo portuario, violando, según los actores, el art. 14 bis de la Constitución Nacional. En la argumentación de la Corte, se repite la mención realizada en Peralta de la necesidad de interpretar la Constitución Nacional de forma flexible, teniendo en cuenta “la realidad viviente de cada época”. Asimismo, se menciona la posibilidad de que se materialicen situaciones “de grave crisis o de necesidad pública” que permitan que los poderes ejerzan sus facultades de forma más enérgica, nuevamente acudiendo a argumentos schmittianos. Sin embargo, una sustancial diferencia es que, en el caso, es el Congreso quien amplía sus

facultades, pudiendo legislar acerca de los convenios colectivos por el contexto crítico que se presentaba y, en uso de sus facultades, faculta al Poder Ejecutivo para reglamentar su ley. A su vez, la Corte analiza, acertadamente para nosotros, la razonabilidad de las medidas adoptadas con respecto a la violación constitucional, considerada en el contexto en particular. Así, arriba a la conclusión de que el Decreto es irrazonable y, por ende, no procedente. Sin embargo, este análisis de razonabilidad es también un criterio amplio y poco definido, cargado únicamente de fundamentos fácticos. En este sentido, consideramos que sería útil que se complemente con consideraciones relacionadas a si se trata de una medida justa o no. En otras palabras, si la medida es razonable por sus consecuencias, pero en términos de justicia. Por la profundidad del tema, dedicaremos un apartado especial al tratamiento de este asunto.

Teniendo en cuenta los fallos mencionados a modo de ejemplo, sería aceptable afirmar que la teoría posee valor descriptivo por reflejar con claridad los argumentos que la Corte utiliza, con frecuencia, para legitimar decisiones que implican ampliar las atribuciones de ciertos poderes del estado en situaciones excepcionales.

## **B. EL VALOR PRESCRIPTIVO DE LA TEORÍA**

Ahora bien, respecto a su valor prescriptivo –independientemente de haber señalado razones por las que su utilización es lesiva para el orden constitucional– cabe preguntarse por qué sería útil o beneficiosa la aplicación del estado de excepción schmittiano. Así, es que puede ser correcto señalar que el argumento más fecundo es de tipo utilitarista. En este sentido, un defensor de la teoría de Schmitt podría señalar que, en ciertas situaciones, reporta más utilidad el apartarse de las normas con el fin de subsanar un estado de caos o crisis, que atarse a ellas. Esta forma de argumentación es clara en Schmitt cuando señala que la decisión del soberano autónoma a las normas se fundamenta en preservar el orden (Dotti y Pinto, 2002). Asimismo, está presente en fallos argentinos que recurren a ella. Solo por citar un ejemplo, en el fallo Peralta se hace referencia a la importancia de preservar la “unión nacional” y al deber del Poder Ejecutivo de proveer de la manera más inmediata a la continuidad de la existencia del Estado, como motivos para no desconocer, pero sí limitar ciertos derechos.

Ahora bien, también hay un argumento para refutar su teoría en términos también utilitaristas. En esta línea, puede afirmarse que no es posible indicar a ciencia cierta si el separarse de las normas para decidir o subsanar una situación particular de emergencia reportará más beneficios a corto plazo que los perjuicios que implicará a largo plazo el permitir que en “circunstancias excepcionales” el Poder Ejecutivo altere la división de poderes y desconozca ciertas normas. Más aun, si se tiene en cuenta la ya mencionada falta de precisión respecto a las circunstancias fácticas que configuran el estado de excepción. Con esto, no nos referimos solo a argumentos deontológicos, sino también a las consecuencias concretas relacionadas con la mayor o menor satisfacción de los sujetos gobernados. Sin embargo, determinar concretamente qué reportará más beneficios en términos utilitaristas requiere de un análisis más pormenorizado y de considerar otras cuestiones que aquí no han sido tratadas. De todas formas, observando que el argumento utilitarista que podrían expresar los defensores de la teoría de Schmitt no derrota la posible crítica en clave utilitarista que puede realizarsele –aunque tampoco se desvanece frente a ella– y considerando las consecuencias lesivas en términos constitucionales mencionadas, creemos que no cabe atribuirle valor prescriptivo a la teoría en su formulación original.

### **VIII. LA TEORÍA REFORMULADA**

Dado el rechazo al valor prescriptivo que hemos realizado respecto de la teoría original de Schmitt, puede ser útil recordar y agregar ciertas modificaciones que consideramos que harían de su teoría una más valiosa prescriptivamente.

Por un lado, se ha señalado que la vaguedad del estado de excepción, como circunstancia que habilita al soberano a ejercer poderes ilimitados, consiste en una posible falla que genera la imposibilidad o inconveniencia de su aplicación en la Argentina. Esta falla no se basa en un argumento de pendiente resbaladiza que proclama que si se permiten ciertas atribuciones luego no se podrá poner límites. Por el contrario, insiste en la necesidad de fijar los límites de antemano para evitar la desviación y, a su vez, se sustenta en datos fácticos que demuestran el abuso del recurso al “estado de excepción”. Todo esto no implica desconocer que en ciertas circunstancias sea pertinente asignar poderes adicionales al Poder Ejecutivo, con el fin de dar solución rápida a ciertos problemas o subsanar situaciones de emergencia. Lo que sí implica



es destacar la necesidad de imponer límites precisos que delimiten cuándo exactamente se permitirá al Ejecutivo excederse de sus facultades.

Por otro lado, en un orden deontológico, debemos señalar que los poderes ilimitados con ninguna sujeción a las reglas ejercidos por el soberano en la situación de excepción no pueden plasmarse, con ese alcance y con esa fuerza, en nuestro ordenamiento, por resultar extremadamente violatorios de todo el ordenamiento jurídico, de la división de poderes y del Estado de Derecho que debe regir. Como se ha señalado, sí sucede, y en ocasiones puede ser necesario, que ciertos derechos se limiten para poder garantizar otros, lo que no implica permitir el desconocimiento total de las normas y derechos por parte del soberano.

Finalmente, es necesario añadir un posterior control –judicial o legislativo– de las decisiones del soberano, que refrende o derogue sus disposiciones, para que la aplicación de la teoría no resulte violatoria de la división de poderes. Asimismo, para evitar autoritarismos y no desconocer que el gobierno está conformado por tres poderes y no por uno solo.

Con estas modificaciones a la teoría de Schmitt, es posible consagrar una teoría intermedia que señale que en tiempos normales resulta ideal que el soberano se sujete completamente a las normas. No obstante, en situaciones de caos y emergencia –limitadas y definidas por el ordenamiento con la mayor precisión que el tema permita–, se debe posibilitar que el Poder Ejecutivo ejerza más enérgicamente sus facultades, emitiendo disposiciones de carácter legislativo que no desconozcan, aunque quizás limiten o flexibilicen, ciertas normas y derechos.

## **IX. ALGUNAS CONSIDERACIONES DE JUSTICIA**

A lo largo de este trabajo se ha insistido en la necesidad de fijar límites o especificar qué circunstancias fácticas posibilitan que se configuren los estados de excepción, tanto a nivel de la teoría general como en el caso argentino en particular. Sin embargo, nada se ha sugerido al respecto.

Al abordar el caso Cocchia se ha hecho mención al análisis de razonabilidad realizado por la Corte, entendido este como una meticulosa ponderación de los derechos y normas que se ven limitados o afectados y de los efectos positivos en términos de bienestar general que esto

implicaría; todo considerado a la luz del contexto en particular. Sin embargo, este análisis no hace más que utilizar el análisis utilitarista implícito en la teoría de Schmitt que entiende justificado el accionar del soberano si este posibilita el orden y la supervivencia del Estado.

En contraposición con estos argumentos utilitaristas, consideramos necesario complementar la teoría con fundamentos basados en una justicia no utilitarista. En efecto, puede suceder que una decisión sea utilitariamente beneficiosa –reporte mayores beneficios, en general–, pero desproteja contundentemente los intereses de minorías o de aquellos que se encuentran, en términos generales, en peores condiciones. Cabe aclarar que esto es claramente posible, si se considera que los cálculos utilitaristas no tienen en cuenta la justicia no basada en la felicidad a la hora de atribuir cargas a ciertos grupos para aumentar el bienestar. Para comprender estas objeciones, es pertinente formularse una serie de preguntas. Primeramente, de otorgársele estas facultades al soberano en pos de aumentar la utilidad agregada –la utilidad para la mayoría de la sociedad– ¿quedarían explícitamente relegados los intereses de las minorías? ¿Qué sucede, concretamente, con los más desaventajados? De este modo, cabe preguntarnos específicamente hasta qué puntos puede permitírsele al soberano que empeore la situación de quienes en peores condiciones se encuentran, en pos de aumentar el bienestar general.

En esta línea, consideramos que las decisiones extraordinarias, tomadas bajo una concepción utilitarista, podrían repercutir en detrimento de los más desaventajados o de algunas minorías. Por lo tanto, aquí proponemos un nuevo margen prescriptivo a la teoría schmittiana. Tomado de *Teoría de la Justicia* (1979) de John Rawls, estimamos pertinente extrapolar el principio de diferencia a las decisiones extraordinarias. Dicho de otro modo, afirmamos que, aun en estado de excepción, las vulneraciones legales del soberano o las diferencias resultantes de su decisión, deberían redundar en favor de los más desaventajados. De esta manera, las consecuencias de las decisiones del soberano no solo deberían proveer al bienestar general, en términos utilitaristas, sino evitar aumentar las desigualdades, en términos de justicia. Ciertamente, dada la urgencia intrínseca del estado de excepción, es necesario tener en cuenta que no podrá mejorarse la situación de unos sin empeorar la de nadie. Nuestra propuesta no desconoce esta circunstancia. De forma diferente, lo que se propone es que los daños no deriven irreparablemente en aquellas minorías que queden fuera del cálculo utilitario y de

esta forma tratar de evitar las posibles grandes injusticias que puede implicar el ejercicio del decisionismo evaluado únicamente en términos utilitaristas.

Asimismo, cabe agregar que también es conveniente que las cargas no sean injustamente distribuidas, es decir, que recaigan sobre sectores específicos de la sociedad. No obstante, estas consideraciones se encuentran plasmadas en el principio de igualdad que la Corte suele considerar, como lo hace en el caso Peralta.

## **X. RECAPITULANDO Y CONCLUYENDO**

Frente a lo analizado, es posible extraer algunas breves conclusiones.

En primer lugar, podemos afirmar que la teoría schmittiana brinda una definición claramente vaga, amplia e indefinida del término "estado de excepción". Esta vaguedad es repetida por el ordenamiento jurídico argentino a la hora de reglamentar los Decretos de Necesidad y Urgencia, que guardan considerables similitudes con las nociones schmittianas por ampliar las facultades del soberano (léase Poder Ejecutivo) en situaciones excepcionales y con el objetivo de permitir la supervivencia del Estado. No obstante, dada la definición imprecisa que hemos mencionado, se hace dificultoso aplicar la teoría y también los DNU, únicamente a estados excepcionales. Por el contrario, estos conceptos amplios permiten la ampliación de facultades incluso en épocas de normalidad. De esta manera, la propuesta de aquellos que quieren aplicar la teoría de Schmitt únicamente a situaciones excepcionales parece fallar, debido a la imposibilidad de limitar su aplicación como ellos proponen.

Por otra parte, es pertinente concluir que la teoría de Schmitt se ha constituido en una herramienta a la que los jueces recurren para describir y fundamentar las facultades extraordinarias de legislar, por parte del soberano, en épocas de crisis y emergencia. Esto brinda valor descriptivo a su teoría en Argentina. No obstante, no se puede decir lo mismo de su valor prescriptivo en tanto se han brindado argumentos deontológicos -lesión a la división de poderes y a principios constitucionales- y utilitarios -imposibilidad de afirmar que, a largo plazo, reporta más beneficios subsanar la situación concreta pero quitando legitimidad a las normas- que permiten concluir que el valor para prescribir de la teoría es escaso.

Asimismo, vale la pena tener en cuenta las modificaciones a la teoría que podrían colaborar con su valor prescriptivo, a saber: limitar y definir las situaciones de excepción de la forma más clara posible, considerar que el estado de emergencia no brinda facultades ilimitadas al soberano, sino que solo las amplía, y la necesidad de someter estas facultades a un control posterior del Poder Legislativo o Judicial, para respetar la división de poderes. Finalmente, preguntarse acerca de qué tipos de límites podrían funcionar para hacer de la teoría de Schmitt una más valiosa no solo en términos de utilidad agregada, sino en consideraciones de justicia. En esta línea, la propuesta de la utilización de los postulados de Rawls que realizamos es solo una de las propuestas posibles.

En suma, es necesario considerar que la teoría de Schmitt no es solo un postulado antiguo y abstracto. Por el contrario, constituye, aunque mediante argumentos sutiles, una teoría con bastante aplicación en nuestro ordenamiento. Por ello, resultaría positivo ser críticos y atentos respecto a qué tipo de argumentos está detrás de cada acción de nuestro Estado y, así, poder pensar mejor acerca de sus posibles consecuencias.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

Dotti, J. y Pintos, J. (eds). (2002). *Carl Schmitt, su época y su pensamiento*. Buenos Aires:

Eudeba

Farrell, M. D. (octubre, 2015). Carl Schmitt, Hans Kelsen y la Corte Suprema. *Revista*

*Jurídica de San Andrés* (2)

Freud, J. (1860). *Vista de conjunto sobre la obra de Carl Schmitt*. Buenos Aires: Struhart &

Cía. Traducido por María Victoria Rossler

Jiménez Segado, C. (2009). *Contrarrevolución y resistencia. La teoría política de Carl*

*Schmitt (1888-1895)*. Madrid: Tecnos

Kelsen, H. (2007). *General Theory of Law and State*. The Law Book Exchange

Kervégan, J. (2007). *Hegel, Carl Schmitt. Lo político: entre especulación y positividad*.

Madrid: Escolar y Mayo Editores (Traducido por Alejandro García Mayo)

Nosetto, L. (octubre, 2015). Decisionismo y decisión. Carl Schmitt y el retorno a la sencillez

del comienzo. *POSTData: Revista de Reflexión y Análisis Político*, p. 295-319.

Rawls J. (2006). *Teoría de la justicia*. México DF: Fondo de Cultura Económica. Capítulo II.

Sabsay, D. A., Allegretto, M. B. (colab) y García, M. del C. (colab). (2011). *Manual de*

*derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley,

Schmitt, C. (2006). *Political Theology*. Chicago: University of Chicago Press