

# **INSTITUCIONES PÚBLICAS Y MORALIDAD POLÍTICA**

**Instituciones de Derecho Civil. Instituciones de Derecho Internacional.  
Instituciones de Derecho Ambiental. Instituciones de Derecho  
Constitucional.**

Hugo Seleme  
Director

Cristián Augusto Fatauros y Rodolfo Salassa Boix  
Coordinadores

Lucrecia Aceto y Romina Frontalini Rekers  
Compiladores



**CIENCIA, DERECHO Y SOCIEDAD**  
**Publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**  
**Universidad Nacional de Córdoba**

*Consejo Editor*

**Dra. Marcela Aspell - UNC / Conicet; Dra. Martha Díaz de Landa - UNC; Dra. Adriana Dreyzin de Klor - UNC; Dra. María Eugenia Gómez del Río - UNC; Dra. Nora Lloveras - UNC; Dra. M. Consuelo Parmigiani de Barbará - UNC y Dra. Aida Tarditti - UNC**

*Comité Académico Asesor*

<p><b>Dr. Julio Ernesto Abril</b> <b>Dr. Julio Isidro Altamira Gigena</b> <b>Dr. Raúl Altamira Gigena</b> <b>Dr. Juan Manuel Aparicio</b> <b>Dr. Eduardo Arroyo</b> <b>Dr. Jorge Barbará</b> <b>Dr. Guillermo Barrera Buteler</b> <b>Dra. María Inés Bergoglio</b> <b>Dr. José Ignacio Cafferata</b> <b>Dr. Ricardo Caracciolo</b> <b>Dr. Manuel Cornet</b> <b>Dra. Zlata Drnas de Clémens</b> <b>Dr. Jorge de la Rúa</b> <b>Dr. Eduardo Ignacio Fanzolato</b> <b>Dr. Sergio Guestrin</b> <b>Dr. Ricardo Haro</b> <b>Dr. Antonio María Hernández</b> <b>Dr. Francisco Junyent Bas</b> <b>Dr. Carlos Lascano</b></p>	<p><b>Dr. Carlos Lista</b> <b>Dr. José Fernando Márquez</b> <b>Dra. María Cristina Mercado de Salas</b> <b>Dr. Luis Moisset de Espanés</b> <b>Dra. Alicia Morales Lambertí</b> <b>Dr. Miguél Ángel Ortiz Pellegrini</b> <b>Dr. Juan Carlos Palmero</b> <b>Dr. Gabriel Pérez Barberá</b> <b>Dr. Daniel Pizarro</b> <b>Dr. Ernesto Rey Caro</b> <b>Dr. Efraín Hugo Richard</b> <b>Dr. Horacio Roitman</b> <b>Dr. José Ignacio Romero</b> <b>Dra. Amalia Uriondo de Martinoli</b> <b>Dr. Humberto Vázquez</b> <b>Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira</b> <b>Dr. Alberto Zarza Mensaque</b> <b>Dr. Jorge Horario Zinny</b></p>
---	---

*Comité Académico Asesor Externo*

**Dr. Ricardo Alonso García - Universidad Complutense de Madrid (España)**  
**Dr. Manolio Bellomo – Universidad de Catania (Italia)**  
**Dr. Diego Benavidez Santos - Universidad de Costa Rica**  
**Dra. María da Gloria Bonelli - Universidad Federal de San Carlos (Brasil)**  
**Dr. Jordi Ferrer Beltrán - Universidad de Gerona (España)**  
**Dr. José Carlos Fernández Rozas - Universidad Complutense de Madrid (España)**  
**Dr. Juan Carlos Gorlier – Center For Latin And Caribbean Studies (EEUU)**  
**Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci – Universidad Nacional de Cuyo**  
**Dra. Marta Lorente - Universidad Autónoma de Madrid (España)**  
**Dra. Hilda Marchiori - Facultad de Psicología, UNC**  
**Dr. Clemente Navarro Yáñez - Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España)**  
**Dr. Dante Negro - OEA**  
**Dr. Joan Pagès i Galtés - Universidad de Tarragona (España)**  
**Dr. Leonel Pereznieta Castro - Universidad Nacional Autónoma (México)**  
**Dr. Pasquale Pistone - Universidad de Salerno (Italia)**  
**Dra. Carmen Plaza Martín - Universidad de Castilla La Mancha (España)**  
**Dr. Carles Ramió Matas - Universidad Pompeu Fabra (España)**  
**Dr. Clauss Roxin – Universidad de Múnich (Alemania)**  
**Dr. Francisco Fernández Segado – Universidad Complutense de Madrid (España)**  
**Dr. Ernesto Garzón Valdés – Universidad de Maguncia (Alemania)**

*Director ejecutivo*

**Dr. Rodolfo Salassa Boix – UNC / Conicet**

*Secretaría administrativa*

**Cr. José María García**

## **AUTORES**

Luis Alberto Díaz  
Adriana Dreyzin Klor  
Ilse Ellerman  
Magdalena García Elorrio  
Marta Susana Juliá  
Guillermo Lariguet  
Lucas Misseri  
Nicolás Emanuel Olivares  
Pablo Riberi  
Santiago Truccone Borgogno

## ÍNDICE

### **Presentación**

### **Instituciones de Derecho Civil**

- Constitucionalización e interpretación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Luis Alberto Díaz)

### **Instituciones de Derecho Internacional**

- El tratamiento de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Adriana Dreyzin Klor-Ilse Ellerman)
- Los trabajos de la CDI sobre la protección de personas en casos de desastres: dilemas ético-jurídicos, propuestas normativas y problemas irresueltos (Magdalena García Elorrio)
- El estatus del derecho internacional según Herbert Hart (Guillermo Lariguet)
- El problema de la jurisdicción del ciberespacio y los conflictos de soberanía en la interacción virtual (Lucas Emmanuel Misseri)

### **Instituciones de Derecho Ambiental**

- Las instituciones ambientales gubernamentales (Marta Susana Juliá)
- Daño ambiental y generaciones futuras (Santiago Truccone Borgogno)

### **Instituciones de Derecho Constitucional**

- Control de constitucionalidad y deliberación política (Nicolás Emanuel Olivares)
- *Jeinseits von Weimar* (Más allá de Weimar). El constitucionalismo moderno asediado (Pablo Riberi).

## PRESENTACIÓN

El Derecho y la Ética mantienen una relación estrecha, aunque no muchas veces se le brinda la atención que dicha vinculación merece. El análisis y la evaluación moral de las instituciones jurídicas y políticas conforman lo que se denomina "Jurisprudencia Normativa" o también "Ética Política". Una disciplina capaz de hacer avanzar el estudio de políticas públicas y herramientas jurídicas y sociales y, a la vez, juzgar su adecuación a criterios de corrección moral política. Este ha sido nuestro objetivo en la compilación de los trabajos que componen este libro: ofrecer una investigación tanto de las instituciones como de las acciones de quienes participan en las prácticas que tienen lugar a partir de dichas instituciones.

Los trabajos que se compilan aquí parten de un hecho difícilmente controvertible, esto es, que tanto los ciudadanos como los operadores jurídicos, en tanto participantes activos de una sociedad, pueden adoptar una actitud reflexiva frente a las instituciones jurídicas. De hecho, la concepción que se pretende impulsar a través de nuestras investigaciones afirma que existe un deber de desarrollar esta actitud. Al menos es un deber que corresponde a aquellos que están de una u otra manera vinculados con las profesiones jurídicas. Esta actitud de reflexión crítica se presenta en dos tipos de juicios de moralidad política: uno relacionado con las instituciones y otro con las acciones que se llevan a cabo dentro de aquéllas.

Por un lado, se pueden evaluar las consecuencias sociales y políticas que las instituciones producen. Se puede juzgar su eficacia para lograr un determinado objetivo o la promoción de un estado de cosas. Como ejemplo de objetivos y circunstancias sociales que las instituciones buscan promover encontramos: la defensa de derechos reproductivos durante el cumplimiento de penas privativas de libertad; el respeto por el derecho de propiedad y la interdicción de la confiscatoriedad a través de los impuestos. Un segundo estándar normativo que se utiliza para la evaluación de las instituciones es el referido a su justicia o injusticia. La justicia es considerada una de las primeras virtudes de las instituciones, y la existencia de injusticias hace surgir de manera inmediata el deber de reformarlas. La evaluación de las instituciones para determinar si la distribución de cargas y beneficios es justa es entonces una tarea primordial. Como una tercera forma de reflexión crítica sobre las instituciones jurídicas y políticas, se debe considerar si las prácticas institucionales satisfacen ciertos requerimientos para ser reputadas moralmente legítimas. De este modo, si se violan principios básicos de moralidad política, ya sea porque algunos sectores de la población han sido excluidos de la participación y/o el debate sobre los proyectos legislativos, o ya sea porque una institución produce la imposición de una concepción moral o religiosa específica o porque no está correctamente fundado en principios de moralidad pública, que son los que deben cumplirse.

Pero no sólo las instituciones exigen ser evaluadas moralmente. Las acciones que se realizan dentro de las instituciones también pueden ser objeto de valoración ética. Las instituciones determinan diferentes roles públicos que, a su vez, implican determinados deberes y obligaciones. Tales roles son estándares normativos a los que las conductas individuales deben ajustarse. En tanto ciudadanos, legisladores, jueces, empleados o funcionarios de la Administración Pública, los individuos pueden encontrarse en situaciones que exijan una actitud o disposición relacionada con valores morales. Esta relación puede ser exigida, ya sea porque el derecho requiere una obediencia general fundada en una justificación moral o porque ciertas reglas de las instituciones jurídicas particulares requieren una conducta o actitud valorativa determinada. Si las instituciones y prácticas jurídicas están justificadas en valores morales, la conducta que ellas exigen de los individuos y que componen las prácticas, también deben estarlo.

La presente obra se enmarca dentro del proyecto de investigación "La evaluación moral de las instituciones públicas. Hacia una sociedad democrática de ciudadanos libres e iguales" (2012-2013), dirigido por el Dr. Hugo O. Seleme y aprobado y evaluado favorablemente por la

Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (Secyt-UNC). De esta forma, mediante investigadores miembros de dicho proyecto y autores invitados, por su estrecha relación con nuestras líneas de investigación, se ha pretendido reflejar los resultados parciales fruto de la actividad científica desarrollada en el seno del mencionado proyecto.

La variedad y multidisciplinariedad de autores, interrelacionados a través del eje temático central del trabajo, nos llevó a articular los trabajos compilados en diferentes sub-ejes temáticos. El primero aborda las instituciones civiles, su relación con la ética política y la aplicación de estándares constitucionales y de derechos humanos a las relaciones privadas (Luis Alberto Díaz). El segundo enfocado en el análisis moral de las instituciones de derecho internacional. En particular determinando cual es el régimen de responsabilidad civil en el moderno derecho privado internacional (Adriana Dreyzin Klor e Ilse Ellerman); el principio de solidaridad internacional y su relevancia respecto de los pueblos víctimas de catástrofes naturales (Magdalena García Elorrio). Además se presentan dos trabajos de naturaleza teórica, el primero indaga la respuesta que la filosofía del derecho, y específicamente Herbert Hart podrían ofrecer a la pregunta sobre si el derecho internacional es derecho o no (Guillermo Lariguet). El segundo aborda un problema complejo y actual, tal como lo es cómo se determina la soberanía y quien debería ejercer dicha soberanía en el ámbito del ciberespacio (Lucas Emmanuel Misseri). Subsiguientemente se examina el contexto histórico-político de las principales instituciones de derecho ambiental a nivel regional y local (Marta Juliá) y se explora un argumento que parece plantear una paradoja en el daño a las generaciones futuras que no existirían de no producirse la acción dañina (Santiago Truccone Borgogno). Finalmente, se encara el estudio de la teoría y el derecho constitucional inquirendo sobre los modelos parlamentarios de control de constitucionalidad (Emanuel Olivares) y la crisis y declive del paradigma político liberal que se aplica a las constituciones modernas (Pablo Riberi).

En definitiva, la presente obra es un esfuerzo conjunto y desinteresado de profesores e investigadores que pretenden dar un paso más en el importante camino que conduce a la sinergia entre el Derecho y la Ética.

Cristián Augusto Fatauros – Rodolfo Salassa Boix

# **INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL**



# CONSTITUCIONALIZACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Luis Alberto Díaz<sup>1</sup>

**Resumen:** El Capítulo I del Título Preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación, recepta normativamente la constitucionalización del derecho privado y una concepción constructivista de interpretación de la ley, que posibilitaría una aplicación horizontal y directa de los derechos humanos que no erosiona aquel sistema.

**Palabras clave:** constitucionalización del derecho privado – concepción constructivista de la interpretación – aplicación horizontal y directa de los derechos humanos.

## 1. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial, en el Capítulo I del Título Preliminar, “Derecho”, prescribe sobre las fuentes, la interpretación del derecho y la motivación razonable de las decisiones, viniendo por ello a resultar una instancia de análisis y evaluación de temas que, habitualmente, son objeto de estudio de la teoría general del derecho y la moralidad política.

Su inclusión en el Capítulo I del Título Preliminar del Código Civil y Comercial, tiene por objetivo orientar y guiar la actividad de los operadores jurídicos en la aplicación del derecho e incidir no sólo en el ámbito del derecho privado, sino también en el resto del ordenamiento jurídico<sup>2</sup>, según lo sostiene la Comisión redactora del Anteproyecto (Lorenzetti, 2012)<sup>3</sup>.

De entre los diversos temas del Capítulo I, que podrían abordarse, en lo que sigue nos ocuparemos de la “*constitucionalización del derecho privado y la concepción constructivista de la interpretación*”.

Pretendemos analizar y evaluar tal recepción normativa y, en particular, dar algunas razones a favor de la idea de que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en los arts. 1 y 2 del Capítulo I de su Título Preliminar, recepta una constitucionalización del derecho privado y una concepción constructivista de la interpretación de la ley que permiten inferir una aplicación horizontal y directa de los derechos humanos<sup>4</sup> que da respuesta a la objeción de que tal aplicación erosiona y/o desestabiliza las reglas de derecho privado.

Para tales propósitos, nos valdremos de algunos precedentes de la CSJN en relación con el derecho constitucional a la reparación que se infiere del principio *alterum non laedere*, receptado por el art. 19 de la CN.

## 2. La constitucionalización del derecho privado

En los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, se señala que uno de los aspectos valorativos que lo caracterizan es la constitucionalización del derecho privado; expresamente se sostiene: “*El anteproyecto... toma muy en cuenta los tratados en general y en particular los de derechos humanos y los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad,... y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado... Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la*

---

<sup>1</sup> Profesor Asistente de Ética y de Problemas del Conocimiento y Formas del Razonamiento Jurídico - Facultad de Derecho y Cs. Ss.

<sup>2</sup> CSJN, fallos: 312/957. En tal decisorio se hace referencia a que el antiguo art. 16 del CC, equivalente al actual art. 2 del CC y C, establece criterios interpretativos que exceden al derecho privado y que son válidos para el resto del ordenamiento.

<sup>3</sup> Lorenzetti Ricardo, *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, LA LEY 2012 – C, 581.

<sup>4</sup> Ferreres Comella Victor, (2003), “*La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares*” en *Los Derechos Fundamentales*, SELA 2001, Editores del Puerto, Bs. As. En el presente trabajo utilizaremos como sinónimos, derechos humanos y derechos fundamentales.

*coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.*”<sup>5</sup>.

Esta recepción normativa viene precedida de un proceso iniciado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y que puede verse en los fallos del año 1986, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó en relación con el principio “*naeminem laedere*”.

Así, en el caso “Santa Coloma, Luis I. y Otros c/ Ferrocarriles Argentinos”<sup>6</sup> la CS, al revocar el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, descalifica la Sentencia en cuestión por arbitraria y señala que dicha resolución lesionaba el principio constitucional “*alterum non laedere*”.

En el caso, “Fernando Raúl Gunter c/ Nación Argentina”, nuestro máximo Tribunal, en ocasión de resolver sobre la procedencia de la indemnización por daños y perjuicios reclamados aparte del beneficio jubilatorio, fundado en el derecho a una reparación integral, expresamente señala: “... que los arts. 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagran el principio general establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero. El principio *alterum non laedere*, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a la persona y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica...”<sup>7</sup>.

Si bien el proceso de constitucionalización, como dijimos, inicia antes de la reforma constitucional del año 1994. Es a partir de esta nueva carta de derechos cuando el proceso de constitucionalización del derecho privado se acentúa y consolida definitivamente, pues no sólo se mantienen las normas fundamentales de derecho privado sobre el trabajo, la industria lícita, la navegación, el comercio, la propiedad, etc., sino que se introducen nuevos derechos y garantías, se consagran los derechos a un ambiente sano, a la reparación del daño, al consumo, entre otros, y, mediante la incorporación de los Convenios internacionales sobre derechos humanos, se completa un marco normativo donde los derechos del niño y la mujer, entre otros, adquieren jerarquía constitucional.

Este proceso de constitucionalización se consolida, en relación al derecho a la reparación, con el caso “Aquino”<sup>8</sup>, pues se confirma la sentencia que declara la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1º de la Ley de Riesgos del Trabajo, Nro. 24.557, en cuanto limita la reparación con un alcance menor al previsto por el Código Civil, sosteniendo, entre otros argumentos que; “6) ... el principio del *alterum non laedere* configura una regla de vasto alcance, que esta Corte juzgó entrañablemente ligada a la idea de reparación de los daños causados... 11) Que la ley de riesgos del trabajo, al vedar la promoción de toda acción judicial tendiente demostrar la real existencia y dimensión de los daños sufridos por el trabajador y disponer, además, la exención de responsabilidad civil para el empleador, cercena de manera inconciliable con los principios constitucionales, el derecho a obtener una reparación íntegra...”<sup>9</sup>.

Esta adjudicación de derechos fundamentales en la controversia entre particulares pone en jaque la concepción tradicional del derecho privado, en tanto sostenía la separación tajante

---

<sup>5</sup> Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, en Código Civil y Comercial de la Nación, 2014, Zavalia, Bs. As.

<sup>6</sup> CS, 5-VIII-86. La Cámara de Apelaciones había rechazado la pretensión de reparación del daño patrimonial por pérdida de chance, dado la holgada situación económica de los reclamantes y, reducía el monto indemnizatorio en relación con el daño extra-patrimonial o moral, imponiéndoles a los reclamantes, mediante una concepción perfeccionista, la asunción estoica del dolor.

<sup>7</sup> CS, 5-VIII-86. El caso refiere a un conscripto que sufre una lesión producto de un accidente en ocasión de estar prestando servicio para el Ejército Argentino. De dicho accidente resultó una incapacidad laboral del 100%, que lo hizo acreedor del beneficio jubilatorio.

<sup>8</sup> CSJN., “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA”, LA LEY 2005-A, 230, Bs. As.

<sup>9</sup> Del voto de Helena Highton de Nolasco en “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA”,

entre éste y el ámbito público. Esta separación se apoyaba en que cada ámbito tenía sus propias fuentes; así, el derecho público respondía a la Constitución y el derecho privado a los Códigos Civil y Comercial. Las reglas insertas en estos Códigos no eran evaluadas a la luz de los derechos fundamentales, pues entre otras razones, aquellas obedecían a criterios de justicia conmutativa y no de justicia distributiva, como es el caso del derecho público.

Este proceso de constitucionalización y de aplicación de los derechos humanos a controversias entre particulares viene a “...echar por tierra con la tradicional pretensión de aislar al derecho privado del alcance de los principios constitucionales, sobre todo en lo atinente a estándares de justicia distributiva. La idea tradicional era que el derecho privado tiene su propia dinámica y sus propios principios. Una consecuencia de esta postura es la doctrina de la eficacia vertical -opuesta a la eficacia horizontal- de los derechos fundamentales. Según esta postura, los derechos fundamentales -típicamente reconocidos en los textos constitucionales- obligan al Estado pero no a los particulares en las relaciones entre sí.”(Alegre, 2012:58).<sup>10</sup>

La constitucionalización del derecho privado receptada por el nuevo Código presupone, a nuestro entender, que los derechos humanos deben ser protegidos frente a cualquier tipo de peligro, es decir, los derechos humanos no sólo fundamentan y limitan la relación entre el estado y los particulares, sino también, regulan la relación entre particulares.<sup>11</sup>

### **3. La eficacia horizontal de los derechos humanos**

En relación con la eficacia horizontal de los derechos humanos, no hay acuerdo sobre si debe ser directa o indirecta. Por un lado, la tesis predominante, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Alemán y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sostiene que aquélla debe ser indirecta, es decir, los derechos humanos receptados en una carta de derechos no vinculan directamente a los particulares, porque los derechos fundamentales han sido reconocidos para proteger a los particulares frente al estado y, que de tal marco protectorio emerge un orden objetivo de valores que debe ser tenido en cuenta en las relaciones entre particulares, es decir, por las leyes de derecho privado.

*“La consecuencia es que tanto el legislador al regular las relaciones privadas, como el juez al interpretar la legislación, deben tener en cuenta ese orden de valores. Sino lo hacen, lesionan los derechos constitucionales en juego.”(Ferrerres Comella, 2003: 44)<sup>12</sup>*

Otros, por el contrario, adoptan la tesis de aplicación directa según la cual, *“...la pregunta de fondo a la que esta tesis responde afirmativamente es de índole institucional, no sustantiva. Lo que está en discusión (al menos a los efectos de este trabajo) no es si el Estado puede reconocer derechos frente a los particulares (así, por ejemplo, si el legislador puede reconocer el derecho de los trabajadores a no ser discriminados por el empresario), lo que se discute es si la Constitución es el cauce adecuado para proteger este tipo de derechos.” (Ferrerres Comella, 2003: 45).<sup>13</sup>*

Quienes sostienen la primer tesis, es decir, la de la vinculación horizontal indirecta, afirman que ésta permite sortear la objeción de que la aplicación horizontal directa de los derechos humanos terminaría por desestabilizar el sistema de derecho privado, pues para ésta, la desestabilización se daría, entre otros casos, por la pérdida de seguridad jurídica que habrá de producirse cuando el juez, al resolver, debe tener en cuenta los derechos consagrados en la Constitución, perdiendo primacía y rigidez las reglas de derecho privado.

La mayor flexibilidad de las reglas de derecho privado le concederían al juez mayor

---

<sup>10</sup> Alegre Marcelo, (2003), “A propósito de la reforma al Código Civil”, en Revista Pensar en Derecho N° 0, Facultad de Derecho, UBA. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho>.

<sup>11</sup> Ferreres Comella Victor, (2003), ob.cit.ant.

<sup>12</sup> Ferreres Comella, (2003), ob.cit.ant.

<sup>13</sup> Ferreres Comella; (2003), ob.cit.ant.

discrecionalidad, no pudiendo por tal motivo, los destinatarios de las normas, predecir cual será la respuesta. Por lo tanto, como ya se dijo, para la tesis de la aplicación indirecta, los derechos fundamentales deben comprenderse como un orden objetivo de valores que no gobiernan sino que orientan, es decir, la tesis de la vinculación horizontal indirecta propone una lectura de la ley civil a partir de los principios o valores constitucionales receptados por la carta de derechos. Para alcanzar una respuesta a la objeción formulada, desde la concepción de la vinculación horizontal directa, debemos explicitar antes la concepción constructivista de interpretación de la ley adoptada por nuestro Código Civil y Comercial, pues creemos que ella nos resultará necesaria para sortear tal crítica.

#### **4. El paso de una interpretación conversacional a una interpretación constructiva de la ley**

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina<sup>14</sup>, presenta criterios o métodos interpretativos que abandonan la concepción de interpretación de la ley que creemos se infería del Código de Vélez Sarsfield,<sup>15</sup> ya que este cuerpo legal disponía un orden de prelación de los criterios de interpretación, según el cual, la letra y el espíritu de la ley, tienen prioridad respecto de los restantes, mientras que de las disposiciones del nuevo Código no surgiría tal orden de prelación, es decir, los operadores jurídicos ya no deberían, en primer término, seleccionar los criterios de literalidad e intencionalidad del legislador y, sólo ante un vacío legal, apelar a la analogía y los principios generales del derecho.

Creemos, por el contrario, que la disposición del nuevo código no adopta un modelo de la interpretación, según el cual los criterios de interpretación tendrían un orden de prelación donde la literalidad y la intencionalidad mantendrían la prioridad por sobre el resto; sino, por el contrario, se adopta una concepción de la interpretación, donde la selección de un criterio por sobre otro vendría dado por, lo que a partir de Ronald Dworkin (1986) se suele denominar, la finalidad de alcanzar la “mejor perspectiva”.<sup>16</sup>

El problema de la interpretación de la ley ha sido y es parte de la agenda de debate de las teorías jurídicas contemporáneas, entre las cuales se destaca por su recepción, tanto en nuestra práctica judicial como en los ámbitos académicos, la discusión llevada a cabo entre una concepción del derecho positivista, que adopta un modelo conversacional de la interpretación (Marmor, 2001)<sup>17</sup> y, una concepción pospositivista, que se apoyó en un modelo constructivista de la interpretación<sup>18</sup>, trayendo como consecuencia de tal divergencia, un debate que ha mostrado la complejidad de la actividad interpretativa llevada a cabo por los operadores jurídicos.

La concepción conversacional o intencional de la interpretación pretende dar respuestas a los diferentes problemas de interpretación y, para ello, su tesis central es que interpretar es la actividad de sustituir una formulación de la regla por otra como algo distinguible. Dicha actividad es necesaria cuando no somos capaces de usar una regla o especificar sus instancias de uso. Para esta corriente, la interpretación jurídica consiste en descubrir los motivos o las intenciones de su autor, es decir, se trata de averiguar la intención, lo que el hablante nos quiere

---

<sup>14</sup> ARTÍCULO 2.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.”

<sup>15</sup> “ARTICULO 16: Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.”

<sup>16</sup> Dworkin Ronald, (1986), “Laws Empire”, The Harvard University Press, Cambridge. Cfr. Barbarosch Eduardo, (2012), “La interpretación en el proyecto de código”, La Ley, Bs. As.

<sup>17</sup> Marmor, Andrei; (2001), “Interpretación y Teoría del Derecho”, Gedisa, Barcelona.

<sup>18</sup> Dworkin R., ob.cit.ant.

decir. En palabras de Lifante Vidal (1999)<sup>19</sup>, esta teoría, en tanto respeta la voluntad del legislador, parece adecuarse a la dimensión de autoridad del derecho que supone el imperio de la ley y la división de poderes.

Sin embargo, a esta corriente se le han efectuado objeciones, entre las cuales, se mencionan las siguientes.

Primero, que resulta un enigma determinar cuál es la intención del legislador, pues el problema es la identificación del autor, toda vez que la intención del legislador no refiere a la voluntad de una sola persona, sino que es el producto de una manifestación colectiva.

Segundo, aunque fuese la voluntad individual de un solo legislador, del universo inconmensurable de intenciones de aquél, faltaría determinar confiablemente cuáles son relevantes y cuáles no.

Tercero, que apelar a la intención del legislador para determinar el significado original de los términos hace que tales conceptos queden desfasados del entendimiento actual.

En contraste con la concepción anterior, para la teoría constructivista, incluida la tradición hermenéutica, la interpretación se vincula con la comprensión, con un modo de conocer (Crelier, 2013)<sup>20</sup>; es un modo de captar y mostrar el objeto bajo su mejor perspectiva (Dworkin, 1986)<sup>21</sup>. De acuerdo a este diseño, la ley no puede ser aplicada sin una actividad interpretativa para saber lo que manda el derecho, lo que presupone una interpretación permanente de parte del órgano aplicador.

Para sus críticos, esto traería aparejado mayor incertidumbre, discrecionalidad y, en última instancia, la atribución de una función legislativa que viene poner en tensión la noción de imperio de la ley y la división de poderes, objeción que en parte coincide con la efectuada a la concepción de la vinculación horizontal y directa de los derechos humanos.

## 5. ¿Una interpretación constructivista del derecho privado?

Antes de evaluar las objeciones creemos conveniente dar algunas razones a favor de la tesis de que el Código Civil y Comercial de la Nación, adopta una concepción constructivista de la interpretación.

Esta tesis, encuentra apoyo, entre otras, en las siguientes expresiones: “*La ley debe ser interpretada...*” y “*... de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico*” (el subrayado me pertenece), en tanto nos remiten a una noción amplia de interpretación, que implica, al menos lo siguiente: (i) que para descubrir o conocer el sentido de la norma, no sólo en los casos difíciles, habremos -necesariamente- de llevar a cabo una actividad interpretativa y, (ii) que la idea de que el derecho es una empresa, que habla de modo coherente y completo, con una sola voz, a partir de las reglas, principios y valores del propio sistema, es el horizonte de comprensión de aquella actividad.

Esta noción de interpretación exige una actividad de ajuste o de hacer compatible las palabras, las intenciones del legislador y la historia institucional, bajo un modelo holístico que tiene en cuenta las finalidades de la ley.

## 6. Interpretación y aplicación de los derechos fundamentales

El art. 43 del texto constitucional, según creemos, permite concluir que nuestro sistema jurídico admitiría una aplicación horizontal y directa de los derechos humanos<sup>22</sup>, toda vez que la acción

---

<sup>19</sup> Lifante Vidal, Isabel, (1999), “La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

<sup>20</sup> Crelier Andrés, (2013), “Introducción a la filosofía hermenéutica del lenguaje”, Vilos, Buenos Aires.

<sup>21</sup> Dworkin R., ob.cit.ant.

<sup>22</sup> El art. 43 de la CN. establece que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos reconocidos constitucionalmente.

de amparo que allí se prevé puede ser ejercida por un particular en contra de otro particular, invocando como pretensión la protección de derechos constitucionales y la declaración de invalidez constitucional de la norma.

Si bien la recepción constitucional de tal diseño institucional implicaría la aplicación horizontal y directa de los derechos humanos, ello no es suficiente para legitimar tal concepción e invalidar la pregunta de si no se deteriora el sistema de derecho privado.

Quienes afirman que una aplicación horizontal y directa de los derechos humanos traería aparejado un deterioro del derecho privado, sostienen que éste se daría, entre otras razones, *por la pérdida de formalidad o rigidez de sus reglas*.

El argumento sobre el cual se apoya la objeción es el siguiente: *“el juez, al resolver los casos de conflictos entre particulares, apela a los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Estos, dado su grado de generalidad y abstracción, no le permiten a los destinatarios de las normas predecir cual será la respuesta al caso particular, perdiendo por tal razón, las reglas de derecho privado su formalidad, claridad y precisión.”*

Creemos que esta crítica puede resultar válida en la medida que la constitucionalización del derecho privado se lleve a cabo sin una concepción del derecho y de la interpretación de la ley que aporten luz en la selección de las técnicas jurídicas adecuadas para la resolución de los casos.

La Comisión redactora, sabiendo que los precedentes constriñen a los tribunales, diseña la regla prevista en el art. 2 del Código Civil y Comercial, como una guía u orientación para los operadores jurídicos, es decir, una herramienta jurídica para la solución de los casos. Dicha regla, como ya dijimos, adoptaría una concepción constructivista de la interpretación de la ley, en cuanto propone reconstruir el derecho privado, bajo un horizonte de comprensión según la cual el derecho es una empresa que habla de modo coherente, completo y con una sola voz, a partir de las reglas, principios y valores y demás materiales del propio sistema. Esta concepción no sólo nos da razones de moralidad política para sostener que los precedentes constriñen a los tribunales a ser coherentes, sino también nos provee de una metodología para resolver los casos.

Por un lado, cuando la norma nos dice que los casos deben ser resueltos conforme a la ley civil y comercial, la constitución, los tratados de derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de un modo coherente con todo el ordenamiento legal, nos está diciendo que la respuesta legal debe ser el resultado de una interpretación que responda a una concepción de moralidad política que emerge del propio sistema jurídico, apartándose de una interpretación literal u originalista, para dar primacía a una interpretación finalista de la ley que sea consistente con la constitución, es decir, con los derechos humanos y el resto de los materiales jurídicos.

Esta teoría, permite explicitar y reconstruir una práctica del derecho que desde hace tiempo ya, expresa una dimensión valorativa encarnada en la protección de los derechos y las libertades fundamentales (Lifante Vidal, 1999; Alegre, 2001)<sup>23</sup>.

Un ejemplo representativo es el debate en torno a la legitimación activa para reclamar la indemnización por daño moral. Si bien dicha polémica viene desde antes de la reforma operada por la ley 17.711, es, a partir de tal modificación, cuando la controversia muestra diferentes posiciones y repuestas de la jurisprudencia (Ibarlucía, 2013)<sup>24</sup>. Mientras que algunas respuestas apelaban a diferentes interpretaciones de la regla contenida en el art. 1078 del CC, otras cuestionaban su validez constitucional, en concreto se cuestionaba la validez constitucional de tal norma a partir del derecho constitucional a la reparación, pues la limitación prevista por

---

<sup>23</sup> Lifante Vidal, Isabel, (1999), ob.cit.ant. Ver: Alegre, Marcelo, (2003), “Igualitarismo, democracia y activismo judicial”, en *Los Derechos Fundamentales*, SELA 2001, Editores del Puerto, Bs. As.

<sup>24</sup> Ibarlucía, Emilio, (2011), “El derecho constitucional a la reparación. Su contenido y alcance”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Bs. As.

aquella estaría conculcando tal derecho constitucional.

Así, en el año 2010, un fallo del máximo tribunal de Mendoza, se sostuvo que *“admitida la reparación del daño moral con sentido resarcitorio y su proyección constitucional, parece evidente que una limitación semejante degrada la esencia misma del derecho a la reparación integral... No estamos, en tal caso, frente a una reglamentación razonable de un derecho constitucional a la reparación del daño injustamente sufrido. Hay allí lisa y llanamente una grotesca conculcación de la esencia misma de dicho derecho, que torna inconstitucional la solución normativa”* (Ibarlucía, 2013: 312)<sup>25</sup>.

Dicho fallo, creemos, muestra que una interpretación constructivista de la norma del artículo 1078 del CC, en relación con el derecho fundamental a la reparación, no la deteriora, sino por el contrario, tal interpretación nos enfrentará a la disyuntiva de decidir si, o bien la coloca bajo su mejor luz porque es un modo de hacer efectivo el derecho protegido; o bien, resulta inválida porque viene a vulnerar tal derecho.

El fallo citado de la Corte de Mendoza llevó a cabo una interpretación del derecho fundamental a la reparación a partir de los argumentos y principios explicitados por los fallos de la CSJN, en los casos *“Santa Coloma”*, *“Gunter”* y *“Aquino”*, entre otros. Además, decidió acoger a la pretensión por daño moral pese a tener en cuenta otros principios abstractos no explicitados. El Tribunal, seguramente sabía de las consecuencias de declarar la invalidez constitucional del art. 1078 del CC, permitiendo así que quienes no eran herederos forzosos fuesen indemnizados por el daño moral padecido; es decir, tenía conocimiento de que el incremento de los reclamos por daño moral traería consecuencias negativas para el mercado del seguro, tales como el mayor valor del premio del seguro y con ello, una depresión en el consumo del mismo.

Sin embargo, ello no fue obstáculo para que el principio de *“no dañar a otro”* justificara que el derecho a una reparación integral triunfara frente a una regla restrictiva que resultaba aconsejable de una perspectiva de la eficiencia del mercado del seguro.

## **7. Conclusión**

La interpretación de la ley del Código Civil y Comercial preceptúa un modelo que reconstruye el significado del texto legal a la luz de los derechos humanos, los principios constitucionales y los principios de moralidad política, manteniendo en todo momento la coherencia del sistema. La coherencia es un componente ineludible de la respuesta jurídica y ella debe ser mostrada, se deben dar razones en favor de la aceptabilidad de la respuesta, y para ello, los operadores jurídicos, en especial los jueces, deben adoptar tal concepción interpretativa, sabiendo que *“no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como si expresaran un juicio moral particular, sin importar cuánto les importa ese juicio, a menos que lo consideren consistente, en principio, con el diseño estructural de la Constitución como un todo, y también con los lineamientos dominantes de antiguas interpretaciones de otros jueces. Deben mirarse a sí mismos como socios de otros funcionarios, del pasado y del futuro que, en conjunto, elaboran una moral constitucional coherente, y deben tener cuidado de ver que lo que ellos aportan se ajuste al resto...”* Dworkin (2004: 110)<sup>26</sup>.

Por último, quedó en evidencia también que los derechos humanos son adjudicados en forma horizontal y directa por parte de nuestros tribunales, pasando, por ello, a ocupar un lugar central los principios de moralidad política, tales como la igual consideración y el no dañar a otro. Sin embargo quedó pendiente evaluar la conveniencia o no de apelar a tales principios al momento de argumentar a favor de una determinada interpretación de un derecho.

---

<sup>25</sup> Ibarlucía, Emilio, (2011), ob.cit.ant.

<sup>26</sup> Dworkin Ronald, (2004), *“La lectura moral y la premisa mayoritarista”* en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Harold Hongju Koh y Ronald C. Slye, compiladores, Gedisa, Barcelona.

# **INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL**



# EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Adriana Dreyzin Klor<sup>1</sup>  
Ilse Ellerman<sup>2</sup>

**Resumen:** La “responsabilidad civil” constituye una temática de vital importancia en el panorama contemporáneo del DIPr, no sólo por la existencia de daños transfronterizos cada vez más frecuentes, sino también por el avance de la tecnología. El sistema de responsabilidad civil ha sido pasible de un desarrollo muy rico en el DIPr argentino, en particular en el DIPr de fuente autónoma. El Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield no preveía reglas específicas en el campo del DIPr. A nivel jurisprudencial se fue desarrollando una tendencia flexibilizadora en la figura, siendo en definitiva el nuevo Código Civil y Comercial el que determinó un avance importante en materia de responsabilidad civil, contemplando soluciones acordes a las más modernas tendencias en la materia, tanto en jurisdicción como ley aplicable.

**Palabras Clave:** daños transfronterizos – responsabilidad civil extracontractual – derecho internacional privado.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los daños transfronterizos que se producen a partir de situaciones protagonizadas por particulares integran la problemática de Derecho internacional privado (DIPr) que viene cobrando fuerza en el marco de la globalización y con el incremento de las relaciones comerciales internacionales. El avance de la tecnología y el acontecer cada vez más frecuente de riesgos de alcance internacional, son factores que imponen la necesidad de una revisión del sistema de la responsabilidad civil, en función del concepto de daño y la necesidad de repararlo. Esta expansión de daños transfronterizos se manifiesta en plurales ámbitos y en una diversidad de fenómenos. De esta suerte, cabe referir a título de ejemplo a cuestiones de responsabilidad tales como hechos de contaminación, de control de productos elaborados, competencia desleal, daños causados por la prensa, financiación bancaria abusiva, daños nucleares, contaminación marítima por derrame de hidrocarburos, accidentes de tránsito, entre otros.

A su turno, la diversificación de las funciones de la responsabilidad civil, ha provocado el nacimiento de estatutos especiales para las actividades dañosas de la vida social y económica, con la consecuente revisión del sistema. Siendo así, el estudio de la “responsabilidad civil” resulta de vital importancia en el panorama contemporáneo del DIPr.

Bien se conoce la distinción de dos planos de análisis en materia de responsabilidad civil: contractual (surgida por incumplimiento de una obligación previamente convenida) y extracontractual (derivada de la violación del deber genérico de no dañar). Este esquema dualista fue el receptado por el derecho civil argentino. La reciente reforma al Código Civil y Comercial, nutriéndose de las más modernas tendencias en la materia, unifica el régimen de ambos tipos de responsabilidad, aunque conservando algunos matices diferenciales.

En orden a la problemática y el tratamiento que recibe en el nuevo sistema de DIPr, el criterio adoptado consiste en regular de manera expresa la responsabilidad civil extracontractual a través de normas de conflicto que establecen la jurisdicción internacional y el derecho aplicable a la cuestión.

En el presente trabajo haremos un sobrevuelo por la evolución experimentada en el instituto de la “responsabilidad civil” en el DIPr argentino autónomo, deteniéndonos en el análisis de la reciente normativa aprobada y sus proyecciones en la materia.

---

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración Regional. Investigadora categoría I. Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de la lista de árbitros de MERCOSUR por Argentina.

<sup>2</sup> Abogada, Notaria, Universidad Católica de Córdoba. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad Católica de Córdoba.

## **2. UN PANORAMA ACERCA DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DIPR<sup>3</sup>**

A la hora de establecer soluciones tendientes a determinar el juez competente y la ley aplicable para los supuestos de obligaciones extracontractuales en general, la doctrina ha elaborado diversas teorías, siendo muchas de ellas receptadas en instrumentos internacionales y en las normas iusprivatistas internacionales de diversos Estados.

### **2.1. Jurisdicción**

En cuanto a la jurisdicción internacional directa, entendida como la facultad de un tribunal de un Estado de declararse competente y juzgar casos jusprivatistas con elementos extranjeros, existen diversos foros atributivos generales y aplicables a esta materia.

#### **2.1.1. Jurisdicción del lugar de comisión del hecho**

Entre los criterios más usuales y afines puede mencionarse el clásico -coincidente con la ley aplicable- que consiste en plantear la demanda ante el juez del lugar en el cual se produjo el hecho.

A favor de esta conexión se argumenta su neutralidad. También se ha ponderado el hecho de que resultaría apta para lograr cierto equilibrio entre los derechos de los individuos y asimismo, que las consecuencias del hecho que dan origen a la responsabilidad -particularmente en el caso de los delitos y cuasidelitos- interesan al Estado donde ocurren. Otra razón importante es que existe un interés público en proteger las expectativas de los individuos y la paz social, y que es una solución previsible por las partes. En consecuencia, el contacto señalado se destaca por la certeza, simplicidad y la uniformidad de resultados que brinda.

En la misma línea se afirma que la competencia reconocida al *forum delicti comissi* presenta la ventaja de evitar a la víctima un desplazamiento lejano y costoso hasta el domicilio del demandado. Sin embargo, debemos señalar que la conexión *lex loci delicti* ha merecido numerosas críticas, las que en su mayoría se sustentan en casos prácticos que demuestran los inconvenientes de su adopción, particularmente con relación a algunas de las materias enunciadas a modo ejemplificativo *supra* y principalmente cuando se adopta como única conexión. Señalemos que ha tenido enorme éxito, tanto en materia de ley aplicable cuanto en jurisdicción competente, constituyendo la base para la solución de ambas cuestiones en la mayoría de los sistemas jurídicos. Se la ha visto como un nexo ecuánime que une los actos con el orden jurídico del lugar en el que suceden.

#### **2.1.2. Jurisdicción del lugar de producción del daño**

Otra alternativa consiste en demandar ante el juez del lugar en el cual se causó el perjuicio. Generalmente, este supuesto coincide con el domicilio del damnificado y constituye una opción que tiende a la protección de la parte débil. En este supuesto se plantea un interrogante, a saber: ¿qué se entiende por lugar de “producción del daño”? Se trata de un problema de calificaciones. En esta inteligencia se ha interpretado que la redacción de los Tratados de Montevideo de 1889 (art. 38) y de 1940 (art. 43) no impide adoptar soluciones autóctonas innovadoras respecto del “lugar donde el hecho se produjo”, “contemplando dentro del concepto señalado, no sólo el lugar donde se exterioriza la conducta sino también aquél donde se producen sus consecuencias”. Esta interpretación es válida tanto para la ley aplicable como para determinar la jurisdicción competente<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup>Véase GERBAUDO, G.E., “Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito Transfronterizos. Un panorama desde el Derecho Internacional Privado Argentino y desde el Mercosur”, *Revista de Derecho Privado* N°45, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, 2011.

<sup>4</sup> Esta fue la conclusión (recomendación de *lege lata*) a la que arribó el Xº Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional celebrado en Buenos Aires, del 9 al 11 de noviembre de 1989.

### **2.1.3. Jurisdicción del domicilio del demandado o del actor**

Otro criterio atributivo de jurisdicción es el del domicilio de las partes del pleito. En este caso las posibilidades transitan por interponer la demanda ante el domicilio del demandado o ante el domicilio del actor.

En favor de la jurisdicción del domicilio del demandado se argumenta que se trata del foro más adecuado para resguardar debidamente el ejercicio de su defensa y, asimismo, se evita al actor la promoción del reconocimiento de la sentencia en un Estado extranjero, ya que generalmente, la persona suele tener bienes en el estado en que se domicilia.

La jurisdicción del domicilio del actor es un criterio atributivo poco común, que si bien ha sido ponderado por numerosa doctrina, es pasible de algunas críticas. En esta línea se asevera que esta solución puede implicar graves inconvenientes para los demandados, ya que son conocidas las dificultades y los costos de enfrentar reclamos en el extranjero. Asimismo, el domicilio de la víctima no siempre será único (puede haber una víctima directa y una o varias indirectas), situación que conducirá a conectar el conjunto de daños con un mismo tribunal, que bajo un rigor lógico, será aquel en cuya jurisdicción se produjo el daño inmediato o más importante.

### **2.1.4. Criterio del paralelismo**

También tiene aplicación el criterio del paralelismo, según el cual, el juez del derecho aplicable al caso es quien tiene jurisdicción para intervenir en el litigio.

Esta posición observa ventajas y desventajas. La principal ventaja radica en que el juez del país cuyo derecho es aplicable al caso es el que mejor conoce el derecho a aplicar, pero sólo funciona debidamente cuando, al iniciarse el proceso, se sabe con certeza cuál es el derecho que se va aplicar al fondo del asunto. Su principal desventaja estriba en el hecho de que de su aplicación puede derivar el temido *fórum shopping*<sup>5</sup>.

## **2.2. Derecho aplicable**

En lo que refiere al problema del derecho aplicable también se han esbozado distintas soluciones.

### **2.2.1. El sistema de la *Lex loci delicti***

El punto de conexión tradicional en materia de obligaciones extracontractuales es la *lex loci delicti commissi*, es decir, la ley del lugar del hecho ilícito. Se aplica la ley local a los hechos que ocurren en el territorio de un Estado. Esta ha sido la regla seguida en el derecho comparado para determinar el derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual.

Han sido numerosas las voces que se alzaron para defender esta máxima argumentando entre otras razones, la facilidad de identificar el lugar en que se comete el hecho; la importancia de preservar la soberanía del Estado de realización del acto, o sencillamente, la ventaja de la postura territorial sustentada en que la ley de cada país es la acertada para gobernar los hechos que se producen en él<sup>6</sup>. En la misma línea de ideas, se sostuvo que la regla se encuentra imbuida de un interés público cuya expresión está afincada en la protección de las expectativas y de la paz social mientras el derecho de los delitos civiles enlaza a “ciertas conductas, determinadas responsabilidades, y aquellos que se ven vinculados a las actividades que pueden implicar responsabilidades de alguna clase, deben ser capaces de calcular el riesgo que están corriendo”, sea en calidad de potenciales autores, sea como víctimas<sup>7</sup>.

Del mismo modo ha sido defendida por Batiffol, quien afirmó que a los fines de respetar el

---

<sup>5</sup>Este principio ha sido receptado por el artículo 56 de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.

<sup>6</sup>UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el Derecho internacional Privado”, *El Derecho* 140, p. 846.

<sup>7</sup>RHEINSTEIN, citado por UZAL, M.E., “Determinación de la ley... op. cit. p. 846.

principio de equilibrio que debe observar la ley en tanto atribuye consecuencias legales a los actos materiales haciendo abstracción de la voluntad de su autor e intentando obtener cierto equilibrio entre los derechos de cada uno, corresponde la aplicación del derecho local al conjunto de hechos realizados en su territorio. Agrega que para la hipótesis de conflictos de leyes en el tiempo, debe acudir a la regla en vigor al momento del acto ilícito ya que es el derecho que el presunto responsable conoce cuando tiene lugar dicho acto<sup>8</sup>. La ventaja indiscutible del sistema radica en que otorga seguridad sobre la ley aplicable, permitiendo que se reparen los daños ocasionados en el territorio de un Estado conforme a las reglas en él establecidas<sup>9</sup>. Este punto de conexión clásico es utilizado por diversas legislaciones como única conexión a fin de determinar el derecho aplicable<sup>10</sup>.

No obstante las bondades del sistema, el mismo no está exento de ataques. En tal sentido, se critica esta solución en razón del carácter accidental y fortuito que puede presentar el lugar de ocurrencia del hecho, dando lugar a una falta de relación entre la legislación convocada por la *lex loci delicti* y aquélla a la cual resultan ligados los damnificados. También aparece como censurable en razón de que puede no coincidir el lugar de ocurrencia del hecho con el lugar donde se localizan los efectos dañinos. Igualmente, es criticable por un problema de calificaciones al no existir uniformidad en cuanto a qué debe entenderse por el lugar de comisión del acto ilícito<sup>11</sup>.

Por otra parte, la *lex loci delicti* se encuentra en crisis en virtud de que en la actualidad, ante la multiplicidad de daños, la problemática de la responsabilidad extracontractual en el ámbito internacional no se presenta como una materia homogénea<sup>12</sup>. Las características de cada caso ameritan un tratamiento particular y la necesidad de establecer, juntamente al criterio tradicional de la *lex loci delicti*, otros puntos de conexión que respeten más la realidad del caso y las vinculaciones más estrechas que pueden existir entre el damnificado y el responsable del daño<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Resulta ilustrativo el ejemplo que acompaña el jurista en torno al reparto de riesgos de circulación entre peatones y automovilistas y al efecto, expresa que el *equilibrio* al que alude, cobra sentido si la ley es general pergeñando una mentalidad de prudencia en unos, y de confianza en otros; todo ello en virtud de su aplicación a los accidentes de circulación dentro del Estado. Véase BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., *Droit international privé*, t. II, 7<sup>o</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, p. 235 y ss.

<sup>9</sup> UZAL indica que “este punto de contacto ha sido utilizado por varios siglos en los países europeos, pues los estatutarios ya sometían los hechos y actos jurídicos que no pertenecían ni al estatuto real ni al estatuto personal, a la ley del lugar en que se producían”. Véase: UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable...op. cit, p. 845.

<sup>10</sup> Véase: art. 16 del Cód. Civil de Cuba de 1987; art. 26 del Cód. Civil de Grecia; art. 2399 del Cód. Civil de Uruguay. A nivel convencional este criterio es utilizado por el Código de Derecho Internacional Privado americano de 1928 –denominado Código de Bustamante– para los delitos (art. 167) y para los cuasidelitos (art. 168).

<sup>11</sup> Martín Wolff señala que respecto a qué lugar se considera como *locus delicti commissi* se han dado tres respuestas: Primera, es el lugar donde el demandado actuó o por sí mismo o a través de un agente. Esta doctrina denominada teoría del lugar de la acción es seguida por autores alemanes, franceses e italianos y aceptados por la práctica suiza y escandinava. Una segunda respuesta declara que el *locus delicti* es aquél donde tiene lugar el último suceso necesario para hacer a un autor responsable. Este criterio se denomina teoría del lugar del primer efecto y es adoptada en Estados Unidos de Norteamérica. La tercera respuesta permite al damnificado elegir libremente como *locus delicti* cualquier país donde haya tenido lugar alguna parte de la serie de hechos delictivos. Véase WOLFF, M., “Derecho internacional privado”, 2<sup>a</sup> ed., Barcelona, Editorial Bosch, trad. Antonio Marín López, 1958, p. 468.

<sup>12</sup> Es indudable que no es lo mismo un daño ocasionado por un producto defectuoso o por contaminación transfronteriza que el acaecido en un accidente de circulación.

<sup>13</sup> Véase: GERBAUDO, G. E., *Responsabilidad Civil...op. cit, p. 23*.

Las críticas vertidas a este factor de conexión han determinado que se presente en muchas legislaciones como alternativo con otras soluciones como la ley lugar en que se producen los efectos del daño<sup>14</sup>.

### **2.2.2. El sistema de la *Lex fori***

Este sistema implica sujetar las obligaciones extracontractuales al derecho del tribunal que conoce en el reclamo. Se trata de un criterio que fue sostenido por Savigny<sup>15</sup> y adoptado luego por la jurisprudencia inglesa en el precedente “Phillips c/ Eyre”<sup>16</sup>.

Es una tesis que encuentra su fundamento en el orden público y las normas de policía. Se argumenta a su favor que resulta imposible para el juez poder apreciar las circunstancias del hecho ilícito en base a una legislación extranjera.

Esta posición se vincula con la idea de reproche en materia de responsabilidad civil, colocando el acento en la sanción más que en la reparación, atendiendo más al productor del daño que a la víctima. En la actualidad esta idea se encuentra en retroceso a la hora de dar fundamento a la responsabilidad civil, debido a que las modernas directrices se alejan de las ideas de culpa y de reproche y se cimentan en la noción del daño y en la necesidad de su reparación<sup>17</sup>.

Por otra parte, es un criterio censurable puesto que implica desconocer modernas concepciones del DIPr tendientes a valorar el respeto por el elemento extranjero.

Si bien el derecho inglés se ha visto considerablemente influenciado por esta doctrina, cabe reconocer que el sistema de la *lex fori* no fue adoptado en legislación alguna de forma pura.

### **2.2.3. El sistema de la *Lex communis***

Una tendencia moderna reside en aplicar la ley del domicilio común de las partes, actor y demandado.

Al respecto, Uzal expresa que “se advierte pues, una corriente favorable a la aplicación de la ley común de las partes sobre las *lex loci*, que puede tener cabida entre nosotros, sobre todo con respecto al contacto domiciliario o a la residencia habitual, aunque ésta no nos sea tan familiar”<sup>18</sup>.

En tanto que Boggiano indica que “cuando se trata del contexto social de ambas partes, se toma en cuenta los intereses de ambas”<sup>19</sup>. La ventaja de esta tesis reside en reconocer el contexto común de las partes y la aplicación del derecho de éstas implica tomar en cuenta sus propios intereses.

Diversas legislaciones admiten como punto de conexión alternativo a la ley del hecho ilícito o a la ley de los efectos del daño, la ley del domicilio común de las partes<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup>Véase, por ejemplo: La ley de Quebec del 18 de diciembre de 2001; el art. 62 inc. 1) de la ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995; el art. 32 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998. También es el criterio admitido por el art. 4 del Reglamento (CE) Nro. 864/2007.

<sup>15</sup>SAPENA PASTOR, R., “Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Montevideo, Ediciones De la Plaza, t.1, 1980, p. 352; ZUCCHERINO, R. M., “Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, p. 382.; WOLFF, M., “Derecho Internacional... óp. cit., p. 460; PIÑEIRO, R. F., “Ley aplicable a las obligaciones...op. cit., p. 241

<sup>16</sup>PIÑEIRO, R. F., “Ley aplicable a las obligaciones...op. cit., p. 241.

<sup>17</sup>Respecto a los actuales fundamentos de la responsabilidad civil puede consultarse: LORENZETTI, R. L., “El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, en la Ley 1993-D, p. 1140; LORENZETTI, R. L., “La responsabilidad civil”, en la Ley 2003-A, p. 973; LORENZETTI, R. L., “Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños”, en la Ley 1996- B, p. 1107.

<sup>18</sup>UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable...op. cit, p. 845.

<sup>19</sup>BOGGIANO, A., “Curso de Derecho Internacional Privado”, 4ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 740.

<sup>20</sup>En tal sentido puede verse: art. 62 inc. 2) de la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado de 1995; art. 3126 del Cód. Civil de Quebec. El mismo criterio es admitido en el art. 4 del Reglamento (CE) Nro. 864/2007 sobre la

#### 2.2.4. Sistema mixto

Existe también un sistema ecléctico o mixto que combina la ley del juez y la del lugar del hecho. Según esta tesis se somete la existencia de la obligación y su monto, cuando no excede de la ley del tribunal, a la ley del lugar donde ocurrió el hecho. Por el contrario, si la ley del hecho concede un monto indemnizatorio superior a la ley del tribunal, aquélla se reduce a lo que determina esta última. El razonamiento que realizan sus seguidores pasa porque la indemnización civil por delito o cuasi delito está vinculada al orden público<sup>21</sup>.

Dentro del sistema mixto, una variante reside en invertir la relación entre la *lex loci delicti* y la *lex fori*. Es decir, en lugar de partir de la *lex loci delicti* extranjera –y limitar su aplicación en un cierto grado por la influencia de la *lex fori*– se aplica ésta, pero se concede una cierta importancia a la *lex loci delicti*.

#### 2.2.5. El sistema *Proper Law*

Una moderna tendencia de origen anglosajón– postula tomar en consideración la conexión más significativa. Esta tesis –conocida bajo la denominación de *Proper Law of the Tort*– se originó en el derecho contractual, siendo Morris quien propuso importarla al ámbito del derecho de daños<sup>22</sup>.

De esta manera, se deja de lado una conexión rígida como la *lex loci delicti*, adoptando un criterio de conexión más directamente relacionado con el caso. Se acoge la doctrina del centro de gravedad que se inclina por la ley del lugar que tiene la conexión más significativa con el objeto del litigio, lo que permite al juez “hallar la solución más adecuada a la vez que puede evitar tanto el carácter fortuito de la *lex loci delicti commissi* como la dificultad que plantea su localización en los supuestos de ilícitos transfronterizos”<sup>23</sup>. Dentro de esta posición se plantean variantes superadoras de la rigidez que plantea la fórmula “*lex loci delicti commissi*”, transitando por conexiones flexibles, como la elección del derecho de la relación más significativa; la determinación del contexto social y económico en que se inserta el caso, o el lugar sobre el cual la disputa se proyecta fácticamente en mayor cantidad de veces<sup>24</sup>.

La recepción de este tipo de conexiones en ordenamientos propios del sistema continental europeo, es producto de la globalización y la mundialización de los negocios, que en la esfera jurídica han hecho que ya no existan modelos legales químicamente puros (Common Law y Derecho Continental)<sup>25</sup> o que se observe una “difuminación de los sistemas legales”<sup>26</sup>.

La ventaja que ostenta esta conexión radica en presentarse como un criterio realista que toma en consideración las circunstancias del caso concreto. No obstante, la crítica que puede formularse es que la determinación del vínculo más próximo implica un proceso de valoración por parte del juez que puede ser fuente de inseguridad. La determinación de cuál, entre varios, es el vínculo más estrecho o significativo contiene una importante cuota de subjetividad. En razón de ello, se ha considerado que este punto de conexión reviste carácter excepcional y

---

ley aplicable a las obligaciones no contractuales. También es la solución receptada por el art. 52 inc. 2) del Proyecto Uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado del 19 de enero de 2009.

<sup>21</sup>LAZCANO, C. A., “Derecho Internacional Privado”, La Plata, Editora Platense, 1965, p. 441.

<sup>22</sup>SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”, en InDret 1, Barcelona, 2005, p. 67.

<sup>23</sup>VINAIXA MIQUEL, M., “La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos”, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 255.

<sup>24</sup>UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable...op. cit, p. 847.

<sup>25</sup>RUBÍN, M. E. “Tribulaciones de la jurisprudencia sobre la responsabilidad societaria en los procesos concursales”, en la Ley 7/06/2007, p. 1.

<sup>26</sup>ALEGRÍA, H.C., “La crisis global y los impactos (duraderos y pasajeros) en el Derecho Concursal. Enseñanzas y conclusiones”, en Edición en homenaje al Prof. Dr. Ricardo S. Prono, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2010, p. 13.

nunca podría funcionar como única conexión sino que deberá presentarse alternativamente con otros criterios de conexión, funcionando como una “cláusula de escape”<sup>27</sup>.

Este criterio es adoptado por el artículo 3° del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que establece una cláusula de este tipo al efecto de introducir flexibilidad en base al principio de proximidad<sup>28</sup>.

#### **2.2.6. Conexión con la relación preexistente**

Siguiendo con la exposición de las alternativas posibles en materia de derecho aplicable, recordemos la de someter el acto ilícito al derecho que rige la relación jurídica preexistente. Al respecto, Boggiano señala que el acto se conecta esencialmente con el derecho propio de aquella relación siendo este vínculo más estrecho aún que el que se observa con la *lex loci actus e incluso con la misma lex communis*.

Esta tesis –como su denominación lo indica– presupone que el hecho ilícito se presenta en el marco de una relación preexistente. En tal sentido, es usual aplicar esta solución a los casos en que la pretensión resarcitoria se funda conjuntamente en normas de responsabilidad contractual y delictual, por ejemplo, en el ámbito de los contratos de transporte, mandato y trabajo. También puede presentarse en la esfera de las relaciones de familia.

#### **2.2.7. La autonomía de la voluntad**

Este sistema concede a las partes involucradas en el supuesto la posibilidad de elegir el derecho aplicable al reclamo indemnizatorio. La elección no puede realizarse de manera anticipada sino después de acaecido el hecho dañoso. En materia de obligaciones no contractuales en general, el sistema de elección es admitido por el artículo 14 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales.

La posibilidad de admitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad ha recibido fuertes críticas por parte de un sector de la doctrina nacional. En este orden de ideas, se ha indicado que aun cuando la elección sea permitida luego de haberse dimensionado la envergadura del daño, parece altamente insatisfactoria la solución por tener la virtualidad de favorecer a la parte más fuerte de la relación prestándose a indeseables abusos de derecho<sup>29</sup>. En similar posición se ha señalado que debería protegerse a las partes débiles mediante la imposición de ciertas condiciones para la elección<sup>30</sup>.

De esta suerte, el sistema de la autonomía de la voluntad encuentra como límite la necesidad de brindar protección a la parte débil, dado que debe evitarse que la elección del derecho aplicable sea utilizada por la parte “fuerte” para imponer unilateralmente al “débil” sus intereses. Otra limitación a esta fórmula transita por atender a la protección de los derechos de los terceros<sup>31</sup>.

### **3. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DIPR ARGENTINO**

---

<sup>27</sup>Conf. GERBAUDO, G., “Responsabilidad Civil...op. cit., p. 23.

<sup>28</sup>Se señala que dicha cláusula “está redactada de manera que destaca el carácter excepcional de esta posibilidad, al exigir que los vínculos sean “manifiestamente” más estrechos”. Véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, en *Revista española de Seguros*, Núm. 149, 2009, p. 695.

<sup>29</sup>FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., “Derecho Internacional...op. cit., p. 322.

<sup>30</sup>FRESNEDO DE AGUIRRE, C., “Una rápida mirada latinoamericana al Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II)”, D1369/2010, en [www.laleyonline.com.uy](http://www.laleyonline.com.uy).

<sup>31</sup>Se ha manifestado que “en el ámbito de los accidentes de circulación transfronterizos se presentan como terceros las entidades aseguradoras. Estas podrían verse afectadas por el acuerdo alcanzado entre el dañador y la víctima, determinando como ley aplicable una que establezca un indemnización superior a la que resultaría de la ley aplicable en defecto de elección de las partes”. Véase GERBAUDO, G., “Responsabilidad civil...op. cit. p. 30.

El sistema de responsabilidad civil ha sido pasible de un desarrollo muy rico en el DIPr argentino.

### **3.1. El Código Civil de Vélez Sarsfield y sus reformas**

El Código Civil en su versión originaria elaborada por Vélez Sarsfield, dedicaba diversas normas a la regulación del régimen de responsabilidad civil.

Eran sus características preponderantes: el dualismo (la ya mentada división entre responsabilidad contractual y extracontractual, estructurada sobre regulaciones diferentes e incommunicables a tenor del entonces art. 1107 y con sustanciales diferencias en materia de prescripción y extensión del resarcimiento) y el subjetivismo (al articular todo el sistema de responsabilidad sobre la base de reproches morales a título de culpa o dolo). Sin embargo, no contenía normas expresas de responsabilidad civil de DIPr, todo lo cual frente a la presencia de casos iusprivatistas con elementos extranjeros, planteaba dudas al intérprete y la necesidad de integrar el sistema con criterios o principios no positivos.

La reforma de la ley 17.711, si bien modernizó algunos aspectos del régimen (incorporando la responsabilidad objetiva y acordando mayores facultades a los magistrados), no innovó en DIPr, subsistiendo la laguna legal. Tampoco lo hicieron otras leyes modificatorias del derogado Código Civil, que retocaron aspectos puntuales (vgr: la responsabilidad de los establecimientos educativos).

### **3.2. La transición. La preocupación de la doctrina y algunas propuestas**

Hemos afirmado *supra* que hasta la reciente reforma al Código Civil y Comercial, en nuestro DIPr de fuente interna no existían normas expresas que regularan la materia. Esta situación generó gran preocupación en la doctrina nacional, que insistía fervientemente en la modificación de algunos aspectos del Código y en la sanción de normas sobre el tema. Para cubrir la laguna legislativa, se esbozaron algunas propuestas.

En orden a la jurisdicción internacional, la doctrina se pronunció en favor de la analogía, es decir, sugirió la aplicación de normas de derecho interno. De esta manera, se propuso acudir al artículo 5° inc. 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual prevé que en materia de acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos, es competente, a opción del actor, el juez del lugar del hecho o el magistrado del domicilio del demandado. Otra propuesta gravitó en la aplicación también por analogía, de la norma de competencia contenida en el artículo 7° del Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito<sup>32</sup>.

Se entendió que las reglas tradicionales de jurisdicción debían flexibilizarse a fin de facilitar el acceso a la justicia a los sectores más débiles, evitando de esta manera la denegación internacional de justicia<sup>33</sup>.

Con relación al derecho aplicable, la situación era aún más complicada, puesto que no sólo no existían reglas expresas en la materia –al igual que con la jurisdicción– sino que además la vigencia del art. 8 del Código Civil<sup>34</sup>, había provocado mucha polémica. De esta suerte, las

---

<sup>32</sup> Dicha norma confiere al actor la posibilidad de demandar por ante el juez del lugar en que se produjo el accidente, o por ante el del domicilio del demandado o por ante el juez del domicilio del demandante. Esta última tesis es avalada en forma mayoritaria por la doctrina, pues se entiende que actualmente esta es la norma con mayor proximidad analógica para ser aplicada en materia de responsabilidad, por ser una norma específica en la materia y de carácter convencional.

<sup>33</sup> Así concluyeron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 10 de Derecho Internacional Privado: “Obligaciones extracontractuales en el Derecho Internacional Privado, Tucumán, 29 de Septiembre de 2011.

<sup>34</sup> Este art. establecía textualmente: “*Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes*



posiciones doctrinales abarcaban desde aquellas que proponían su aplicación al tópic<sup>35</sup> hasta las que planteaban su inaplicabilidad, pasando por las que bregaban por su derogación, mientras que la jurisprudencia, en su momento, se inclinó por evitar su aplicación<sup>36</sup>. Boggiano asumió una postura interesante al considerar que la norma contemplaba los actos otorgados fuera del domicilio, dando a entender que se trataba de actos en el sentido de “negocios jurídicos” (2º parte art.) y que la comprensión intrasistemática del precepto llevaba a entender que el mismo, no regía específicamente para los actos ilícitos.

Ante esta laguna legislativa se propone la aplicación analógica de la solución prevista en el Protocolo de San Luis en materia de ley aplicable que hemos referido (art.3 a 6)<sup>37</sup>. Asimismo, se interpretó que el punto de conexión “lugar donde ocurrió el hecho” debía ser matizado atendiendo, por ejemplo, a la relación especial que el caso presente por vínculos más significativos de proximidad que haga viable una solución más justa. En esta inteligencia eran atendibles conexiones significativas con otros países en cuanto a personas, materias, espacio y tiempo<sup>38</sup>.

En definitiva la doctrina consideraba que el DIPr interno debía actualizarse y dar un paso adelante en materia de responsabilidad extracontractual. En esa dirección resultaba imprescindible una reforma tendiente a incorporar normas de DIPr específicas tanto de jurisdicción como ley aplicable.

### **3.3. La evolución de la responsabilidad civil a través de la jurisprudencia: hacia la flexibilización del sistema**

En rigor de verdad, la evolución en materia de responsabilidad civil en el DIPr no sólo ha sido una preocupación de la doctrina, sino también y fundamentalmente de la jurisprudencia, que muestra un asombroso dinamismo en la materia.

De este modo, el rol de los jueces ha ido ganando espacio en la búsqueda del derecho más adecuado a la responsabilidad civil y la jurisprudencia norteamericana<sup>39</sup> se pronuncia en un *leading case* a propósito de los siguientes hechos: un conductor neoyorquino trasladaba a un pasajero también neoyorquino, en un auto matriculado en el Estado de Nueva York, teniendo lugar el accidente en Ontario. El conflicto se resuelve mediante la aplicación a la responsabilidad por negligencia, del derecho neoyorquino del domicilio común de ambos<sup>40</sup>. O sea que el tribunal abandona como único vínculo rígido la regla *lex loci delicti* para dar paso a criterios flexibles jerarquizando la ley común de las partes sobre el derecho del lugar donde se produce el hecho.

En el caso de nuestro país, y a partir de este *leading case* de la jurisprudencia norteamericana, los jueces argentinos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta temática. Existe una

---

*situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.”*

<sup>35</sup>Goldschmidt entendía que se aplicaba el artículo 8 del Código Civil, cuando se establecía que los actos voluntarios –lícitos o ilícitos- son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado. Véase GOLDSCHMIDT, W., “Derecho Internacional Privado”, Depalma Buenos Aires, 2005 actualizado por A. Perugini, p. 425.

<sup>36</sup> WEINBERG DE ROCA, I. M. “Derecho Internacional Privado”, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 236.

<sup>37</sup>ELLERMAN, I/GALLINO, J./SALAS, P., “La responsabilidad civil extracontractual internacional en materia de accidentes de tránsito”, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 10 de DIPr, celebradas en la ciudad de San Miguel de Tucumán en el año 2011.

<sup>38</sup> Así concluyeron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 10 de Derecho Internacional Privado: “Obligaciones extracontractuales en el Derecho Internacional Privado, realizadas en la ciudad de San Miguel de Tucumán el 29 de Septiembre de 2011.

<sup>39</sup> Especialmente a partir del precedente “Babcock v. Jackson”, Sentencia de la Corte de Apelación del Estado de Nueva York, del 9-5-63.

<sup>40</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., “Derecho Internacional...op. cit. p. 318-323.

prolífica casuística que vincula a Argentina con el país vecino Uruguay, sobre todo en lo que se refiere a accidentes de tránsito.

#### **4. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

La reciente reforma al Código Civil y Comercial se hizo eco de los pedidos de la doctrina y finalmente en dos artículos relativos a jurisdicción y ley aplicable, reguló de manera expresa la responsabilidad civil en el DIPr.

Si bien hemos dicho al comenzar este trabajo que en materia de derecho interno, y sobre la base de tendencias consolidadas en la doctrina y la jurisprudencia, la reforma ha unificado el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual<sup>41</sup> –manteniendo sin embargo algunos matices- no ha ocurrido lo mismo en el DIPr, puesto que a los fines de la determinación del juez competente y la ley aplicable se mantienen soluciones distintas en materia de responsabilidad civil, según sea contractual o extracontractual. Consideramos que esta solución es acertada por cuanto, no obstante la tendencia hacia la unificación, existen diferencias sustantivas entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual que en DIPr justifican un tratamiento diferenciado a la hora de determinar la ley aplicable y el juez competente<sup>42</sup>.

Las normas analizadas en esta sección se focalizan en la regulación de la responsabilidad civil extracontractual, es decir aquella proveniente de daños injustamente causados, no derivados de obligaciones asumidas a través de un negocio jurídico<sup>43</sup>.

##### **4.1. Jurisdicción internacional**

Fiel a la metodología seguida por el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación en materia de DIPr (Sección IV) se regula la jurisdicción en primer término y en segundo lugar el derecho aplicable.

El art 2656 del Código Civil y Comercial, Sección 13° textualmente establece: “Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos”.

La norma en estudio atribuye jurisdicción a opción del actor, alternativamente, a los tribunales del domicilio del demandado o a los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos, abriendo un espectro de foros con proximidad justificada con los hechos del caso o con la comisión del hecho ilícito.

La reforma recepta la tendencia hacia la apertura de la jurisdicción internacional, estableciendo normas de carácter concurrente o alternativas, a fin de brindar comodidad al actor y evitar el denegamiento de justicia. Asimismo, la disposición resulta digna de ponderación por cuanto la solución receptada es la que mejor armoniza en atención a la índole de los intereses involucrados, en los que se encuentra ampliamente justificada la tutela de quien es considerada la persona jurídicamente más débil de la relación (la víctima).

Consideramos que resulta razonable la amplitud de foros alternativos escogidos y cuya elección

---

<sup>41</sup>En líneas generales, la reforma unifica la responsabilidad contractual y extracontractual, recepta las funciones preventivas y punitivas de la responsabilidad civil, diversos supuestos de responsabilidades especiales, amplía la órbita de actuación de la responsabilidad objetiva e incorpora modificaciones sustantivas en los diversos presupuestos de la responsabilidad. Véase: GALDÓS, J.M., “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, L.L, 11/06/2012, N°1.

<sup>42</sup>Véase: MARTÍNEZ, C.M., “Las Relaciones entre la Responsabilidad Civil contractual y extracontractual en el Derecho Internacional Privado venezolano”, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 20-75.

<sup>43</sup>Este concepto puede definirse como comprensivo de “aquellas obligaciones que nacen sin convención (legales) y que, en una enumeración de los supuestos que resultan alcanzados encontramos: los hechos lícitos e ilícitos, voluntarios o no, los llamados delitos civiles, los cuasidelitos, los cuasicontratos” Véase: UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable...” op. cit, p 847.

se pone en cabeza del actor, puesto que de esta manera se materializa la realización de los derechos y de esta suerte se efectiviza la consecución del valor justicia.

El precepto se encuentra en plena sintonía con otras normas de DIPr también contenidas en el Título IV del nuevo Código Civil y Comercial. De esta manera, la norma concuerda con las reglas generales de jurisdicción internacional plasmadas en el art. 2601<sup>44</sup>, con la norma relativa a domicilio o residencia habitual del demandado del art. 2608<sup>45</sup>, y domicilio y residencia habitual de la persona humana contemplada en el art. 2613<sup>46</sup>.

#### 4.2. Derecho aplicable

La reforma también contempla el derecho aplicable a la responsabilidad civil. El art. 2657 textualmente prevé: “Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país”.

Con relación al derecho aplicable, la reforma opta por el criterio actualmente prevaleciente en el derecho comparado que asigna la mayor relevancia como contacto determinante, al derecho del país donde se produce el daño, independientemente de aquel donde haya tenido lugar el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Sin embargo, siguiendo una línea flexible inaugurada por la jurisprudencia y receptada legislativamente, se admite también que si la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tuviesen su domicilio en el mismo estado, se aplique el derecho de dicho país.

Hemos ya analizado suficientemente en apartados anteriores que más allá de las bondades y ventajas que otorga la regla *lex loci delicti commissi* (...), -sistema que perduró durante largo tiempo- ésta realizó un viraje a partir de los desarrollos doctrinales que se sucedieron en el tiempo.

En esa línea, la reforma adopta como regla la ley del Estado en el cual se produce el daño. La solución escogida pone fin a las dudas interpretativas existentes acerca de qué debe interpretarse por “lugar de comisión del hecho”, entendiéndose por tal aquel en el cual se producen los efectos (daños) del hecho generador, siendo a este efecto absolutamente irrelevante el lugar de producción del hecho generador, situación que se aclara en forma expresa.

Sin embargo, la reforma va más allá, puesto que además afirma el artículo en comentario: “y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. Consideramos que esta última expresión clarifica aún más el panorama, puesto que por lugar de producción del daño, deberá entenderse aquel donde se produzcan las

---

<sup>44</sup>Este art. establece: “La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación.”

<sup>45</sup>El precepto textualmente establece: “Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado.”

<sup>46</sup>El Art. 2613 prevé “A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a) Su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él. b) Su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.”

consecuencias “directas e inmediatas”<sup>47</sup> del hecho generador del daño, no teniendo ninguna incidencia localizadora el lugar en el cual se produzcan las consecuencias indirectas<sup>48</sup> del daño. No obstante esta solución, la reforma consagra también el “*sistema lex communis*”, en virtud del cual si las partes se encontraran domiciliadas en el mismo Estado, se aplica la ley de dicho país. La ventaja indudable de esta solución reside en reconocer el contexto común de las partes y la aplicación del derecho de éstas implica tomar en cuenta sus propios intereses.

Al igual que en el caso de la jurisdicción, la solución propuesta es concordante con otras normas del Código en materia de DIPr. En efecto, cabe consignar que armoniza con lo previsto en orden a normas aplicables (art. 2594<sup>49</sup>), aplicación del derecho extranjero (art. 2595<sup>50</sup>), reenvío (art. 2596<sup>51</sup>) y orden público (art. 2600<sup>52</sup>).

### **4.3. El valor de la reforma en materia de responsabilidad civil**

El nuevo código representa un significativo avance en materia de responsabilidad civil puesto que anteriormente, el sistema de DIPr autónomo no contaba con una norma atributiva de jurisdicción y ley aplicable en esta materia.

Con relación a la jurisdicción internacional el amplio espectro de fueros receptados por la reforma facilita de forma meridiana el acceso a la justicia, permitiendo satisfacer ampliamente el derecho de defensa de las partes. La reforma se inscribe claramente, en las modernas tendencias en materia de jurisdicción flexibilizando las reglas tradicionales tendientes a evitar la denegación internacional de justicia.

En cuanto al derecho aplicable, la solución receptada pone fin a la polémica generada en torno al derogado artículo 8 que consagraba la regla *lex loci delicti comissi*, y cuya controvertida interpretación no resultaba suficiente regulación. La solución incorporada aporta visos de claridad y llena un silencio legal muy importante, en la aspiración de dotar al sistema de un significativo instrumento para la seguridad jurídica.

En definitiva, el solo hecho de la regulación de estos problemas ya es un avance relevante, y más si se repara en que se brindan respuestas claras y uniformes, igualitarias para todos los

---

<sup>47</sup>Estimamos que la norma se refiere a aquellas consecuencias que causalmente ocurren de manera inmediata con el hecho generador.

<sup>48</sup>Se refiere a las consecuencias mediatas, es decir aquellas que surgen por la conexión con otro hecho distinto al hecho generador del daño.

<sup>49</sup>El art. 2594 establece “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

<sup>50</sup>Art. 2595 “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino; b) si existen varios sistemas jurídicos cointerrogados con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de “tales reglas, por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate; c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

<sup>51</sup>Establece textualmente la norma: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

<sup>52</sup>Art 2600. “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.”

justificables. Si a ello agregamos que las soluciones provistas son eficientes y axiológicamente compartibles, debemos concluir afirmando que la reforma efectuada en este tema es un punto de inflexión positivo y necesario.

## 5. CONCLUSIONES

El estudio de la “responsabilidad civil” resulta de vital importancia en el panorama contemporáneo del DIPr, no sólo por la existencia de daños transfronterizos cada vez más frecuentes, sino también por el avance de la tecnología que en no pocas oportunidades influye en el acontecer de riesgos de alcance internacional.

A fin de establecer soluciones tendientes a determinar el juez competente y la ley aplicable para los supuestos de obligaciones extracontractuales en general, la doctrina ha elaborado diversos sistemas, siendo muchos de ellos receptados en instrumentos internacionales y en las normas iusprivatistas de fuente autónoma de distintos Estados.

En materia de jurisdicción internacional existen en general, variados criterios atributivos aplicables a la responsabilidad civil extracontractual, entre los que se destacan el foro del lugar de comisión del hecho, el foro del lugar de producción del daño, la jurisdicción del domicilio (demandado o actor) y el criterio del paralelismo.

Con relación al derecho aplicable, las soluciones planteadas por la doctrina transitan entre las siguientes: la *lex loci delicti*, la *lex fori*, la *lex communis*, el sistema mixto que combina la ley del juez y la del lugar del hecho, el norteamericano del *Proper Law*, la conexión con la relación preexistente, y la autonomía de la voluntad.

Más allá de las bondades y ventajas de la regla *lex loci delicti commissi*, ésta comenzó a mostrar falencias que determinaron que en muchas legislaciones se presente como factor de conexión alternativo, con otras soluciones tales como la ley del lugar en que se producen los efectos del daño.

El sistema de responsabilidad civil ha sido pasible de un desarrollo muy rico en el DIPr argentino, en particular en el DIPr de fuente autónoma. El Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield, si bien contemplaba normas de responsabilidad civil –muchas de las cuales fueron modificadas y actualizadas con la reforma de la ley 17711-, no preveía reglas específicas en el campo del DIPr.

A fin de llenar este importante vacío legal, la doctrina y la jurisprudencia propusieron algunas soluciones. En materia de jurisdicción se consideró conveniente recurrir a la analogía, aplicando normas de derecho interno (vgr: art. 5 inc. 4 del CPCCN) o normas de derecho convencional (vgr: art 7° del Protocolo de San Luis). Con relación a la ley aplicable se discutió la aplicación del polémico art. 8 del anterior Código Civil, considerando la doctrina y la jurisprudencia –en su gran mayoría- que debía derogarse y aplicarse analógicamente la solución prevista en el Protocolo de San Luis (arts. 3 a 6).

Se interpretó que el punto de conexión: “lugar donde ocurrió el hecho” debía ser matizado atendiendo, por ejemplo, a la relación especial que el caso presente por vínculos más estrechos de proximidad, que haga viable una solución más justa. En tal inteligencia eran atendibles conexiones significativas con otros países en cuanto a personas, materias, espacio y tiempo.

La doctrina se mostró conteste en entender que el DIPr interno debía actualizarse y en consecuencia, dar un paso adelante en materia de responsabilidad extracontractual. En esa dirección resultaba imprescindible una reforma tendiente a incorporar normas de DIPr específicas tanto en materia de jurisdicción como de ley aplicable.

A nivel jurisprudencial se fue desarrollando una tendencia flexibilizadora en la figura y en esta línea se advierte un abandono gradual de la rígida regla *lex loci delicti*, como único punto de conexión. De esta suerte, comienzan a abrirse camino criterios flexibles jerarquizando la ley común de las partes por sobre el derecho del lugar donde se produce el hecho.

La reciente reforma al Código Civil y Comercial, sobre la base de tendencias consolidadas en la doctrina y la jurisprudencia, unifica el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el derecho interno manteniendo sin embargo, algunos matices. No sucede lo mismo en el DIPr, disciplina en la que la dualidad se conserva.

En el título IV concerniente a normas de DIPr se regula de manera expresa la responsabilidad civil extracontractual en dos artículos que abordan la problemática de la jurisdicción y de la ley aplicable sucesivamente.

En orden a la jurisdicción internacional, la reforma atribuye competencia a opción del actor, alternativamente, a los tribunales del domicilio del demandado o a los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos, abriendo un espectro de foros con proximidad justificada con los hechos del caso o con la comisión del hecho ilícito.

Con relación al derecho aplicable, la reforma opta por el criterio actualmente prevaleciente en el derecho comparado, que asigna la mayor relevancia como contacto determinante, al derecho del país donde se produce el daño, independientemente del estado donde se haya producido el hecho generador y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Sin embargo, siguiendo una línea flexible inaugurada por la jurisprudencia y receptada legislativamente, se admite también que si la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tuviesen su domicilio en el mismo país, se aplique el derecho de dicho país.

El nuevo código representa un significativo avance en materia de responsabilidad civil. El solo hecho de regular estos problemas ya es un paso destacable al brindar respuestas claras e igualitarias para todos los justiciables. Si a ello agregamos que las soluciones provistas son consideradas eficientes y axiológicamente compartibles, cabe consignar que la reforma obra a modo de punto de inflexión positivo y meridiano.

# LOS TRABAJOS DE LA CDI SOBRE LA PROTECCIÓN DE PERSONAS EN CASOS DE DESASTRES: DILEMAS ÉTICO-JURÍDICOS, PROPUESTAS NORMATIVAS Y PROBLEMAS IRRESUELTOS

García Elorrio, Magdalena<sup>1</sup>

**Resumen:** El objetivo del presente trabajo es exponer los dos dilemas ético-jurídicos principales que se planteó la CDI en sus trabajos sobre el Proyecto de “Protección de personas en casos de desastres” y analizar cuáles han sido las propuestas normativas elaboradas por la Comisión con el fin de sortearlos. Asimismo, pretende identificar y valorar críticamente cuáles han sido las inconsistencias y vacíos legales de dichas propuestas normativas. El trabajo concluye poniendo de manifiesto la insuficiencia de la normativa del Proyecto como respuesta al problema y propone algunas soluciones que permitan la utilización real y efectiva del Proyecto en un futuro.

**Palabras clave:** comisión de derecho internacional-desastres-protección.

## 1. INTRODUCCIÓN

La Comisión de Derecho Internacional (CDI) es un órgano de Naciones Unidas (UN) que tiene por función principal la codificación y desarrollo de las normas de Derecho Internacional (DI). El tema de la “Protección de personas en casos de desastre” fue incluido entre los tópicos de trabajo de la Comisión en 2007 y a la fecha se han realizado y aprobado siete Informes de su Relator Especial, Valencia Ospina. Asimismo, un total de 21 artículos han sido aprobados por el Comité de Redacción de la CDI y enviados, a través del Secretario General de UN, a los gobiernos y ONG’s solicitando comentarios y observaciones antes de enero 2016<sup>2</sup> para proceder a su redacción final. Aun en el supuesto en que, como ha sucedido en otros casos, los trabajos de la CDI no alcancen un status de *hard law*, las normas allí previstas pueden perfilar el desarrollo de futuras normas consuetudinarias o pueden ser prueba de normas preexistentes, lo que amerita una reflexión acerca de su contenido y alcance.

La realidad que ha motivado la inclusión de este tema en la agenda de la CDI ha sido la situación de países como Haití donde el grado de vulnerabilidad social, política y económica ha dificultado la respuesta *post* desastre cobrándose millones de vidas. El Proyecto alcanza los casos de “desastre” entendiendo por éste a “un acontecimiento o una serie de acontecimientos calamitosos que ocasionen pérdidas masivas de vidas humanas, grandes sufrimientos y angustia a seres humanos, o daños materiales o ambientales de gran magnitud, perturbando así gravemente el funcionamiento de la sociedad”. Si bien la definición citada parece referir a un concepto general de desastre o catástrofe<sup>3</sup>, lo cierto es que en virtud del artículo 21 del Proyecto aprobado por la CDI dicha noción no se extiende a los desastres derivados de conflictos armados<sup>4</sup> y por tanto, la torna más restrictiva. La catástrofe humanitaria en la guerra de Siria, por ejemplo, quedaría fuera de los alcances del Proyecto.

Más allá del objetivo estrictamente regulatorio del Proyecto (fijar normas en materia de protección) la finalidad que subyace al texto es “revolucionar” el enfoque que gobierna la respuesta humanitaria y de esta manera, desplazar el tema de la protección de personas del

---

<sup>1</sup> Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

<sup>2</sup> A/CN.4/L.831, “Protección de las personas en casos de desastre”, Títulos y texto de los proyectos de artículos aprobados por el Comité de Redacción en primera lectura, 66º período de sesiones Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2014.

<sup>3</sup> LEBEN Charles, “Vers un droit international des catastrophes? Les aspects internationaux des catastrophes naturelles et industrielles, Rapport du Directeur d’études, Centre d’étude et de recherche l’Académie de Droit International, 1995, pp. 33-34.

<sup>4</sup> Artículo 21. Relación con el derecho internacional humanitario. “El presente proyecto de artículos no se aplica a situaciones en que sean aplicables las normas del derecho internacional humanitario”.

campo estrictamente moral de “solidaridad” o “consideraciones de humanidad”<sup>5</sup> al ámbito jurídico conformado por obligaciones y derechos relacionados con la asistencia. Esta iniciativa de la CDI no es aislada. Se enmarca dentro de un proceso más amplio y complejo de cambio de paradigma que busca instaurar una perspectiva de derechos humanos en la labor humanitaria. El eje central de este nuevo enfoque es que la población afectada no sea pensada como un sujeto pasivo que se beneficia de la solidaridad internacional sino como un sujeto activo que tiene un derecho a ser asistido de acuerdo a ciertos estándares mínimos, cuya situación de desprotección amerita poner ciertos límites a la facultad del Estado de aceptar o no la ayuda internacional. Implica reconocer el rol protagónico del sujeto-individuo en medio de la dialéctica kantiana de Estado-Estado.

Sin lugar a dudas, el desafío de la CDI en este ámbito es regular la protección de las personas afectadas dentro del territorio de un Estado sin violar la soberanía del Estado afectado y el principio internacional de no intervención en los asuntos internos de los Estados previsto en el artículo 2.7 de la Carta de Naciones Unidas (UN). No obstante, la búsqueda de un equilibrio jurídico entre ambos extremos, se ve dificultada por la existencia de profundos dilemas ético-jurídicos que exigen una toma de decisión política y normativa acerca de los principios y valores que deben primar en casos de tensión o conflicto. El objetivo de este trabajo es analizar los dos principales dilemas que ha intentado sortear la Comisión para regular el tema en cuestión, así como analizar cuál ha sido la propuesta normativa elaborada como respuesta por la Comisión y qué inconsistencias y vacíos presenta.

## **2. OBLIGACIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL DE ASISTIR A LA POBLACIÓN AFECTADA POR UN DESASTRE**

Cuando nos referimos a la “comunidad internacional” estamos aludiendo no sólo a los Estados sino a las Organizaciones Internacionales (OI) y las ONG’s que se dedican a asistir a poblaciones que han sido víctimas de un desastre. El reconocimiento de múltiples actores<sup>6</sup> en el escenario internacional más allá de los Estados, es un imperativo propio de la noción de “gobernanza global” que entre varias cuestiones, pretende explicar la interacción subjetiva en la construcción normativa internacional y la expansión de los sujetos destinatarios de normas internacionales. En este marco, el primer dilema ético-jurídico que se planteó la CDI es si la comunidad internacional tiene o no una obligación de asistir a una población afectada con prescindencia de la voluntad del Estado afectado en aceptarla o no.

Si analizamos este interrogante desde un enfoque netamente positivista-voluntarista la respuesta negativa se impone rápidamente. El artículo 2.7 de la Carta de UN establece que los Estados no deben intervenir en los asuntos internos de otros Estados vulnerando la soberanía estatal. El caos de un Estado producto de un tsunami es un problema que aqueja al Estado afectado y salvo su estricto consentimiento, ningún otro Estado y/o OI puede inmiscuirse en la protección de la población. La comunidad internacional es mera “espectadora” de la administración eficiente o no que puede o no hacer un Estado de su conflicto interior. Sin embargo, si analizamos el problema desde la perspectiva de los derechos humanos no parece ser admisible que se violen derechos elementales como el derecho a la vida o a la alimentación como consecuencia de la gestión deficiente de una catástrofe.

Con el fin de resolver este dilema, la Comisión llegó a preguntarse si la situación de las personas como consecuencia de un desastre legitimaba la procedencia de la llamada

---

<sup>5</sup>A/CN.4/598, Comisión de Derecho Internacional 60º período de sesiones Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, presentado por el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial, p.6.

<sup>6</sup>Reconocer que existen actores estatales y no estatales que operan en el escenario internacional no implica considerarlos sujetos de DI.



“responsabilidad de proteger”. Sabemos que el Documento Final<sup>7</sup> de la Cumbre Mundial 2005 admitió esta obligación<sup>8</sup> en casos de genocidio, crímenes de guerra, limpiezas étnicas y crímenes de lesa humanidad. No obstante, la interpretación restrictiva que exige una norma de esta naturaleza llevó a la CDI a rechazar dicha posibilidad<sup>9</sup>. También analizó y rechazó la posibilidad de consolidar un derecho a asistencia por parte de la población afectada con virtualidad *supra* estatal. En tanto, si bien en el plano interno los ciudadanos de un Estado afectado por un desastre tienen derecho a que su gobierno los asista en este hecho fortuito que les ha generado daños a su persona y propiedad, la Comisión no admitió que ese derecho pudiese alcanzar a otros Estados<sup>10</sup> creando una obligación a cargo de ellos.

### 2.1. La propuesta normativa elaborada por la CDI

Teniendo en cuenta los extremos del dilema expuesto, la CDI intentó resolverlo rechazando la obligación-derecho de asistencia y receptando un deber general de cooperación (art. 8) conjuntamente con un derecho de ofrecer asistencia a cargo de la comunidad internacional (art.16). Determinó que el Estado afectado es el que tiene la obligación primordial de coordinar, supervisar y controlar las tareas de socorro y asistencia a su población (art.12). También precisó que la cooperación, cualquiera que sea, está sujeta al consentimiento del Estado afectado (art. 14). Si bien reconoce que la población afectada tiene derecho a que se respeten sus derechos humanos (art. 6) no receptó un derecho humano a la asistencia.

### 2.2 Valoración crítica

La solución que brinda la CDI al dilema en torno a la recepción o no de una obligación de asistencia de la comunidad internacional es “resuelta” por la Comisión mediante la recepción de un deber genérico de cooperar. Los Estados no están obligados a *asistir* a la población afectada pero sí están obligados a *cooperar* con ellos en la asistencia. En cuanto al alcance de la noción de cooperación, el artículo 9 del Proyecto sostiene que ésta “incluye la asistencia humanitaria, la coordinación de las operaciones internacionales de socorro y de las

---

<sup>7</sup> Resolución 60/1 de la Asamblea General, de 16 de septiembre de 2005, párr. 138.

<sup>8</sup> Técnicamente hablando es errónea la designación de “responsabilidad” porque no alude a una norma secundaria sino a una norma primaria de obligación de protección.

<sup>9</sup> La procedencia o no de la responsabilidad de proteger fue discutida por la CDI en ocasión de los debates sobre el Informe Preliminar del Relator Especial (2008) después de que el Relator Especial incluyera el tema en el texto del mismo. Las posiciones de los miembros de la Comisión alrededor de la responsabilidad de proteger en el caso de desastre fueron variadas: hubo quienes negaron su existencia, otros fueron escépticos acerca de su carácter jurídico (considerándola un concepto político y moral) o su carácter de nueva categoría jurídica (alegando que reactualizaba el concepto de intervención humanitaria), otros la aceptaron y propusieron hacer extensivo su alcance a los desastres y otros se ajustaron a la letra del Documento Final de la Cumbre 2005 y excluyeron su procedencia sin negar su existencia. Finalmente y recién en la consideración del segundo Informe del Relator Especial (2009) la CDI concluyó que la responsabilidad de proteger no tendría ninguna función en el texto de Proyecto (A/CN.4/598, Comisión de Derecho Internacional 60° período de sesiones Ginebra, 5 de mayo a 6 de junio y 7 de julio a 8 de agosto de 2008, Informe preliminar sobre la protección de las personas en casos de desastre, presentado por el Sr. Eduardo Valencia-Ospina, Relator Especial, pp.20-21).

<sup>10</sup> Este dilema fue introducido por el Relator Especial en su Informe preliminar (2008) en el que el Relator se planteó si existía o no un derecho a la asistencia de la población afectada y si ese derecho podía considerarse un derecho humano o simplemente un derecho que tendrían las personas en caso de desastre. También se cuestionó si ese derecho era un derecho individual o colectivo y contra quién podría hacerse valer. Se ha sostenido que existe un derecho a la asistencia humanitaria con arreglo al derecho convencional en los términos de los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos. No obstante no hay apoyo generalizado a la idea de que exista un derecho humano a la asistencia humanitaria en caso de desastre natural. Las opiniones doctrinales son diversas y prácticamente no existen en tratados multilaterales referencias a un derecho a la asistencia humanitaria, sí se incluyen en varios textos no vinculantes. Por ejemplo, en los Principios y normas de la Cruz Roja y la Media Luna Roja para el socorro en casos de desastre, se estipula que “la Cruz Roja y la Media Luna Roja, en su labor para prevenir y mitigar el sufrimiento humano, considera que existe un derecho fundamental de todas las personas a ofrecer y a recibir asistencia humanitaria” (*Ibidem*).

comunicaciones y la puesta a disposición de personal de socorro, equipo y bienes y de recursos científicos, médicos y técnicos”. Si analizamos el texto del artículo citado cuando dice que la cooperación alcanza “la asistencia humanitaria” no surge con claridad cuál sería la diferencia de alcance entre *asistir* y *cooperar* en la asistencia. A simple vista, el deber de cooperación parece una regla más amplia y general que puede ser cumplido mediante otras formas más laxas de colaboración que no necesariamente exigen la asistencia concreta.

Conforme el texto de la CDI el deber de cooperar estaría siempre supeditado al consentimiento previo del Estado afectado. Esta condición es acertada porque de lo contrario, se estaría violando la soberanía del Estado afectado. En este sentido, la Comisión no aporta nada nuevo porque se limita a reafirmar la regla general de no injerencia. La CDI ha optado, en principio, por resolver el dilema ético-jurídico a favor de la soberanía del Estado afectado. El problema hermenéutico que se plantea es si debe interpretarse que el deber de cooperar obliga a la comunidad internacional a requerimiento del Estado afectado o debe entenderse como un mero propósito que debiera tener en cuenta la comunidad internacional. Si nos atenemos a la práctica convencional, el artículo 4 de los Convenios de Tampere y el artículo 9 del Convenio de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) sobre la gestión de los desastres y la respuesta a las emergencias de 2005, disponen que los Estados pueden libremente elegir si asistirán o no en función de sus capacidades. El Relator Especial de la CDI en este tópico se ha alejado de este criterio y ha entendido que el deber de cooperar es una obligación jurídica de comportamiento que obliga a la comunidad internacional a determinadas acciones. De existir un requerimiento de cooperación por el Estado afectado, serán los otros Estados y/o OI quienes decidan cómo y con qué alcance deberán cooperar. Creemos que queda pendiente fijar alguna pauta de justicia que precise el encuadre cualitativo y cuantitativo de la cooperación o determinar qué conductas más específicas deben considerarse parte del deber de cooperar.

### **2.3 Obligación/Facultad de solicitar asistencia por parte del Estado afectado**

El segundo dilema ético-jurídico que enfrentó la CDI en este tema fue decidir si el principio de soberanía y no injerencia a favor del cuál se orienta la balanza en el dilema anterior debía o no reconocer algún límite. Esto es, si los Estados afectados tenían o no un deber de solicitar la asistencia internacional o si frente a su ofrecimiento podían denegarla. Este cuestionamiento se vincula directamente con lo expuesto en el apartado anterior. Sabemos que los Estados afectados deben prestar consentimiento para que pueda operativizarse la ayuda internacional, pero ¿qué sucede si el Estado niega el consentimiento? ¿Tiene la comunidad internacional alguna alternativa legal para proteger a la población afectada o no?

### **2.4 La propuesta normativa elaborada por la CDI**

En este sentido, la CDI optó por introducir dos limitaciones a los principios de soberanía y no intervención. La primera limitación es que en los casos donde un desastre supere la capacidad nacional del Estado afectado, éste debe buscar asistencia a otros Estados, UN y/o demás organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. La Comisión no le indica a quién deberá solicitar la ayuda pero le ordena hacerlo (art. 13). La segunda limitación es que el Estado afectado no puede “denegar arbitrariamente” su consentimiento frente al ofrecimiento internacional (art.14). Ambas cuestiones son vinculadas por la Comisión con la eventual responsabilidad internacional del Estado afectado por la violación de derechos humanos de sus nacionales. En tanto, la búsqueda de asistencia es un elemento de cumplimiento de las obligaciones primordiales del Estado afectado en relación a sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Para la Comisión, no solicitar asistencia cuando es necesaria para socorrer a la población implicaría una violación a los derechos humanos a la vida, a la salud, a la alimentación. En este marco recordemos que el derecho a la vida que se desprende del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que es un derecho

inderogable, aún en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (una situación excepcional puede ser un desastre). Asimismo, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece, respecto del derecho a la alimentación, que deben adoptarse todas las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de ese derecho. En este marco el CDI entendió que pedir ayuda constituye una de las “medidas necesarias” para cumplir con estos derechos y por el contrario no hacerlo implica violación de los derechos humanos de la población.

### **2.5 Valoración crítica**

La opción normativa que nos deja la CDI en este punto pone en evidencia el esfuerzo de la Comisión de tratar de equilibrar la soberanía del Estado con la protección de los derechos humanos de la población afectada. Sin embargo, es a todas luces insuficiente porque no designa quién será la autoridad competente para determinar cuándo un Estado ha superado su capacidad nacional. Tampoco designa la autoridad que valorará la arbitrariedad o no de la denegación de consentimiento. La constitución de un medio de solución de controversias internacional *post* desastre que evalúe ambos extremos sería inconveniente por la premura que exige la protección de las personas en caso de desastre. Asimismo, y en el caso de que se acredite que la denegación fue arbitraria, el Proyecto no prevé ninguna consecuencia de lo que sólo puede deducirse que el Estado afectado habrá incurrido en ilícito internacional y deberá ser responsable pero no quedará habilitada la asistencia humanitaria. Desde nuestra perspectiva un Estado afectado debería estar obligado a aceptar siempre la asistencia de entidades como la Cruz Roja internacional y demás organizaciones donde esté acreditado que no opera ningún interés más que a la asistencia humanitaria. Para sortear los obstáculos de la indeterminación que señalamos el Proyecto debería prever la conformación de observadores de UN en ocasión de desastres que puedan valorar ambos extremos. De lo contrario queda librado al propio Estado la valoración de sus limitaciones.

### **3. Conclusiones finales**

Las propuestas normativas que ha construido la CDI para dar respuesta a los dilemas ético-jurídicos planteados son las que *podía* construir este órgano, aunque su formulación es deficiente e incompleta. Respecto al primer dilema en torno a consolidar o no una obligación de asistencia, el rechazo de la Comisión tuvo por fin evitar una licencia implícita a los demás Estados a intervenir en los asuntos internos de otro Estado bajo el slogan de la “protección de las personas”. La Comisión no podía desconocer las normas generales y consuetudinarias de no injerencia. En la resolución del segundo dilema la Comisión intentó atenuar los efectos de su propuesta normativa respecto del primer dilema y limitó la soberanía del Estado y el principio de no injerencia pero sin darle una chance real de aplicación práctica. La indeterminación de conceptos claves para su efectividad y la falta de precisión respecto a quiénes están legitimados para determinarlos neutralizan la efectividad del Proyecto. En este sentido, es necesario incluir en el texto del Proyecto un artículo que contemple la conformación de un grupo de observadores de NU *ad hoc* que evalúe en cada caso la viabilidad o no de las limitaciones expuestas.

# EL ESTATUS DEL DERECHO INTERNACIONAL SEGÚN HERBERT HART<sup>1</sup>

Guillermo Lariguet<sup>2</sup>

**Resumen:** En este trabajo me propongo repasar la visión filosófica que Herbert Hart tenía sobre el estatus del derecho internacional. Sobre la naturaleza de este derecho existen dos fuentes principales de duda. La primera tiene raíces en la concepción que ve al Derecho como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y contrapone, desde este punto de vista, las reglas del derecho internacional a las de un derecho nacional determinado. La segunda duda surge de la creencia de que los estados son sujetos incapaces de obligaciones jurídicas y, por ello, contrapone los sujetos de derecho internacional a los sujetos de derecho nacional. En el trabajo nuestro como Hart responde a estas dudas. Su visión es que el derecho internacional es una forma de *derecho*, no de pura moralidad. Sin embargo, la perspectiva de Hart está basada en sugerencias más que en afirmaciones seguras. Concluyo cuestionando el tipo de metodología filosófica que Hart emplea y que impacta en su forma de resolver las dos dudas planteadas con respecto al derecho internacional.

**Palabras clave:** derecho internacional- dudas conceptuales- soberanía- moralidad objetiva.

1. No constituye un exceso de retórica afirmar que el sintagma “derecho internacional” expresa un “concepto esencialmente controvertido”<sup>3</sup>. El termómetro de esta situación está dado por la constatación de afiebradas concepciones rivales sobre el alcance de este concepto. Pese a los considerables esfuerzos teóricos realizados por juristas internacionalistas, expertos en relaciones internacionales, teóricos de la globalización, especialistas en derecho comunitario, etc., existen síntomas de agudos desacuerdos sobre la naturaleza del derecho internacional. La existencia de tan intensa discusión, inclusive, hacen dudar de que haya algo así como “un” concepto respecto del que se desprendan diversas concepciones rivales. Alguien más escéptico podría pensar que, en realidad, lo que se aprecia es la existencia de *diferentes* “conceptos” que poco –si acaso algo- tienen en común. Dado tal estado de desconcierto teórico, me atrevería a decir que la expresión “derecho internacional” está, en cierto punto, a la “búsqueda de significado”<sup>4</sup> o, dicho con más claridad, a la búsqueda de un consenso teórico sobre las propiedades que instancien de manera completa un concepto preciso de derecho internacional. Ésta es, sin embargo, una búsqueda todavía abierta. En parte esto es así debido a que la realidad del derecho internacional es un hecho *histórico*, un hecho “en movimiento” y, como tal, aun no hemos alcanzado una cristalización institucional estable a nivel internacional que se ajuste a las expectativas conceptuales y normativas de cómo debería ser diseñado, interpretado y aplicado el derecho internacional.

En el marco de una búsqueda de esclarecimiento conceptual en torno al estatuto del derecho internacional, los filósofos tienen un aporte significativo que hacer. Precisamente por el hecho de que cuando un término es conceptualmente difuso, se requiere una tarea de elucidación conceptual, propia de las rutinas de trabajo de los filósofos, especialmente de los filósofos “analíticos” orientados a la indagación comprensiva de las condiciones de uso de las

---

<sup>1</sup> Una versión previa de este trabajo, que ahora he modificado merced a algunos agregados que juzgué imprescindibles para la edición de este capítulo en la presente obra, apareció originalmente en la Enciclopedia de Derecho Internacional de la Universidad Oberta de Cataluña.

<sup>2</sup> Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de Córdoba, Miembro del Programa en Ética y Teoría Política, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina. Este trabajo, además, es posible merced al financiamiento de SECYT, UNC (2014-2017) a un PIP, CONICET (2012-2015), en ambos casos referido a la evaluación político-moral de las instituciones públicas. Y, por último a un CAI+D 2011 referido a legitimidad de las democracias subsidiado por la Universidad Nacional del Litoral, que co-dirijo con la Dra. Graciela Vidiella.

<sup>3</sup> Sobre este punto, el clásico Gallie, W.B. 1998. “Conceptos esencialmente impugnados”, Trad: Gustavo Ortiz Millán, México: *Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía*.

<sup>4</sup> Sobre este tema, Von Wright, G. H. 2010. *Las variedades de lo bueno*. Madrid-BsAs: Marcial Pons.

expresiones lingüísticas. En este marco, el filósofo Herbert Hart es inescapable<sup>5</sup>. Esto es así por tres razones. La primera es que Hart conforma para la filosofía jurídica un genuino “clásico” en el sentido de que sus pesquisas filosóficas sobreviven al deterioro del tiempo y al cambio de las sociedades y las instituciones. Su trabajo, por tanto, goza del siguiente atributo: es una voz que todavía nos dice cosas esclarecedoras sobre nuestro presente, tal como ocurre con los grandes clásicos de la filosofía. La segunda razón es que Hart pertenece a una familia analítica de la jurisprudencia, que se remonta a Locke, Bentham y Austin, familia preponderantemente preocupada por la clarificación de los conceptos; clarificación que es necesaria respecto de la expresión derecho internacional. La tercera y última es que Hart se dedicó al tema del derecho internacional, básicamente en dos trabajos. Me refiero, claro está, a su *Concepto de Derecho* (de ahora en más, CdD)<sup>6</sup> y su crítica al postulado de “unidad” del Derecho<sup>7</sup>, defendido por otro gran teórico del derecho internacional como fue Hans Kelsen<sup>8</sup>.

2. Cuando alguien piensa en la frase “el derecho internacional según Hart”, acaso pueda creer que lo que el filósofo comentado hará es proporcionar prontamente una “definición” de la expresión. Este pensamiento o expectativa está equivocada<sup>9</sup>. Los filósofos analíticos, tal como yo los asumo, solo en contadas ocasiones *definen*, si por “definición” entendemos el acto de legislación filosófica consistente en “estipular” las condiciones semánticas de aplicación de un término. Emplear este método podría ser un *atajo* indebido para el filósofo enfrentado a problemas *complejos*. Esto es así porque una definición equivaldría nada menos que a *sepultar* el diagnóstico y discusión sobre los problemas que encierra el término que busca esclarecimiento. Hart no comete este error. No lo comete pese a la equivocidad del título de su principal obra iusfilosófica *El concepto de Derecho* que pareciera encerrar, justamente, una definición de que habremos de entender por “Derecho”. Menos todavía, hay que añadir, encubre un “esencialismo metafísico” como el que podría equivocadamente interpretarse a partir del título referido a “el” concepto de Derecho, como si hubiera “un” concepto esencial aguardando a ser descubierto por los arqueólogos de la filosofía en sus excavaciones. No. Hart propone una tarea de “análisis conceptual” de ciertos problemas “recurrentes” (capítulo 1 del CdD) que, si no son vistos de manera “clara y distinta”, como pedía Descartes, harán que la tarea de análisis se “vaya al traste”. Según Hart los juristas y los filósofos vienen manteniendo desde hace siglos profundos desacuerdos sobre qué es el Derecho. Dado el talante de esta afirmación, no debería resultar sorprendente que, si tenemos desacuerdos focales sobre nada menos qué cosa es el Derecho, también experimentemos desacuerdos sobre qué es el “derecho internacional”. Todavía más: para algunos filósofos escépticos radicales la expresión “derecho internacional” encerraría un “oxímoron” porque, adosar el predicado “internacional” al término “derecho”, implicaría el deseo de unir armónicamente dos expresiones incompatibles. Si es “internacional” no es derecho; a lo sumo, es una forma soterrada de algún tipo de moralidad más o menos compartida por algunos “pueblos” o “estados” o, en todo caso, una forma

---

<sup>5</sup> Para un panorama biográfico sobre Hart y su obra véase Lacey, Nicola. 2006. *A life of H.L.A. Hart. The nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press.

<sup>6</sup> Me guío por Hart, H.L.A. 1992. *El Concepto de Derecho*. Trad: Genaro Carrió, Bs As: Abeledo Perrot.

<sup>7</sup> Hart, H.L.A. 1970. “Kelsen’s doctrine of the unity of law”, en *Ethics and Social Justice*, Vol. 4 of contemporary philosophic thought, New York: State University of New York Press.

<sup>8</sup> Aquí no me ocuparé en detalle de este texto porque la sustancia de la propuesta de análisis del derecho internacional está más condensada en el *Concepto de Derecho*. Sin embargo, vale la pena recordar que en este texto Hart critica dos aspectos de la teoría de Kelsen. El primero es que el derecho internacional y los derechos nacionales forman un solo conjunto sistemático de normas (tesis monista de Kelsen). El segundo es que entre ambos órdenes, el internacional y los nacionales, no hay conflictos normativos. Ambas tesis le parecen a Hart recusables.

<sup>9</sup> Consultar Prat Durbán, Luis. 2004. *La provincia del derecho internacional*, Madrid: Dykinson.

“primitiva” de Derecho<sup>10</sup>. En todo caso, es un conjunto, como quería Rawls, de “principios políticos que gobiernan las relaciones entre los pueblos”; pero no necesariamente entre “todos” los pueblos sino aquellos que adhieren al canon liberal o que, al menos, revelan la existencia de sociedades más o menos decentes, más o menos ordenadas.

3. Las fuentes de “duda” sobre qué tipo de fenómeno es el derecho internacional son las mismas que agobian al concepto “general” de Derecho. El Derecho es un fenómeno que mantiene intrincadas relaciones con otros dos aspectos sociales: por un lado con la moralidad, por el otro, con la coacción. Cuando Hart refiere al derecho internacional va al corazón de las “tinieblas” que rodean la expresión cuando afirma lo siguiente: “si bien concuerda con el uso de los últimos 150 años utilizar aquí la expresión “derecho”, la falta de una legislatura internacional, de tribunales con jurisdicción compulsiva, y de sanciones centralmente organizadas ha inspirado desconfianzas, por lo menos entre los teóricos del derecho”. (*El CdD*, 264)<sup>11</sup>.

A este severo diagnóstico Hart añade este otro: “Se puede sostener, por cierto, como veremos, que el derecho internacional no sólo carece de reglas secundarias de cambio y adjudicación que establezcan una legislatura y tribunales, sino que carece también de una regla de reconocimiento unificadora que especifique las “fuentes” del derecho y que suministre criterios generales para la identificación de sus reglas” (*El C d D*, 264) Frente a esta diagnosis surge naturalmente la pregunta: ¿es realmente derecho el derecho internacional? Para encauzar la respuesta a esta pregunta, el análisis conceptual sugerido por Hart parece ser “ambicioso” en el sentido de que no se ciñe a constatar cómo usamos la expresión “derecho internacional” o a proporcionar un tratamiento “breve” que sostenga que la expresión “no se ajusta a los convencionalismos lingüísticos que subyacen al empleo del término general Derecho” *ibidem*, 265) El análisis de Hart se dirige, más bien, a encontrar cuáles son los “principios que han guiado el uso existente” (*ibidem*, 265). Para esta tarea analítica, Hart identifica lo que, a su criterio, son las dos primordiales fuentes de duda. La primera tiene raíces en la concepción que ve al Derecho como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas y contrapone, desde este punto de vista, las reglas del derecho internacional a las de un derecho nacional determinado. La segunda duda surge de la creencia de que los estados son sujetos incapaces de obligaciones jurídicas y, por ello, contrapone los sujetos de derecho internacional a los sujetos de derecho nacional (*Ibidem*, 266).

Comencemos con la primera duda. El motivo de esta duda está encaminado a poner en cuestión que las normas que componen el derecho internacional tengan fuerza “obligatoria”, es decir, tengan la capacidad de cambiar las razones de primer orden que pueden tener los agentes estatales para actuar de determinada forma. Esta duda está cincelada, afirmará Hart, por una concepción –que él imputa a Austin– según la cual sólo es auténticamente derecho aquel conjunto de órdenes respaldadas por amenazas, es decir, por la promesa del uso efectivo de la coacción estatal. Este fenómeno, apreciable en los derechos nacionales, no se vislumbra en el derecho internacional debido a la falta de sanciones organizadas (p. 268) En contra de esta concepción “imperativista” empobrecedora<sup>12</sup>, Hart abogará por un concepto de obligación que no dependa del dato de la coacción (la cual en todo caso es un refuerzo de la idea de obligación pero no parte de su núcleo conceptual). Para Hart hay que tener en cuenta que, lo que en el lenguaje aparece como “obligatorio”, es que hay “presión general” a favor de las

---

<sup>10</sup> Véase Capella, Jairo. 2012. “Vigencia, positividad y eficacia del derecho en el pensamiento de Herbert Hart”, *Advocatus*, N.º.15. Barranquilla: Universidad Libre Seccional; Green Martínez, Sebastián. 2011. “El derecho internacional actual. ¿Un derecho primitivo? Una reflexión a 50 años de *Concept of Law*, México: *Universidades*. N.º. 51.

<sup>11</sup> Consúltese sobre este punto Planas Aleix, Cristina. 2007. “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H.L.A. Hart”, Madrid: *Anuario de derechos humanos. Nueva Época*.

<sup>12</sup> Cfr. Morss, John. 2005. “Sources of doubt, sources of duty. H. L. A. Hart on international law”, *Deakin Law Review*.

reglas de obligaciones. Se considera, además, que su violación justifica demandas de compensación, así como represalias o contramedidas. Cuando se hace caso omiso de estas reglas no es sobre la base de que no sean obligatorias; por el contrario, dice Hart, se realizan esfuerzos para ocultar estos hechos (*El C de D*, 271).

La otra fuente de duda arraiga, según Hart, (algo que ya habían entrevisto teóricos como Kelsen) en la idea primitiva de “soberanía” de los estados<sup>13</sup>. En efecto, existe una concepción “absolutista” de soberanía conforme la cual se verifica una tendencia “a asociar a ella la idea de una persona que está por encima del derecho y cuya palabra es ley para los inferiores”. (Ibídem, 272) Contra esta idea, Hart sostendrá que la expresión “un estado” no es el nombre de alguna persona o cosa intrínsecamente o “por naturaleza” fuera del derecho. La expresión, en cambio, alude a dos cosas. La primera refiere a una población que habita un territorio y vive bajo una forma de gobierno ordenado establecido por un sistema jurídico con su estructura característica de legislatura, tribunales y reglas primarias; y, en segundo lugar, que el gobierno goza de un grado de independencia vagamente definido”<sup>14</sup> (Ibídem, 273).

Diría, no obstante estas aclaraciones hechas por el propio Hart, que el nudo de su argumento en esta parte consistirá en patrocinar la necesidad de abandonar la idea de soberanía absoluta, es decir, de un estado absolutamente independiente del marco del derecho internacional.

Algunas teorías del derecho internacional, que Hart denomina “voluntaristas”, que podrían por ejemplo atribuirse a Grocio, han intentado explicar el lugar significativo del orden jurídico internacional mediante el recurso a la idea de obligación “auto impuesta” por parte de los estados. Hart criticará esta teoría especialmente porque no da cuenta de la existencia de obligaciones internacionales que son “independientes” del consentimiento de los estados. A esto podríamos añadir el argumento de Fernando Tesón<sup>15</sup>, según quien la teoría del consentimiento es fallida porque también cubre hechos donde el estado presta consentimiento a cosas inmorales, por ejemplo a la justificación del asesinato de civiles durante una conflagración bélica<sup>16</sup>. La afirmación de Tesón, precisamente, nos conduce a otro punto saliente del examen de Hart, esto es, al que refiere a la relación entre derecho internacional y moral.

Es muy común –alega Hart- que aquellos que no ven que el derecho internacional encaje con la idea de órdenes respaldadas por amenazas, sostengan –con cierta subestimación- que el derecho internacional es una forma solapada de moralidad. Sin embargo, si abandonamos esta concepción del derecho no tenemos que caer en esta conclusión. Además, replicará Hart, hay diversos aspectos regulados por el Derecho que carecen de importancia moral. Por ejemplo, dice Hart, esperamos del derecho internacional que nos diga cuántos días puede permanecer en un puerto neutral un buque beligerante para recargar combustible. Esto no es algo que esté teñido por su relevancia moral. Además, a diferencia de la moral, el Derecho busca el máximo de certeza y predecibilidad, algo que no es posible lograr con la moral (ibídem, 283). Por otra parte, la moral tiene características que no comparte con el Derecho. Sería absurdo, por caso, pensar que haya una legislatura para la moral que, por sanción de una nueva ley, derogue una norma moral (ibídem, 283).

---

<sup>13</sup> Véase Villar Borda, Luis. 2006. “Hans Kelsen y el derecho internacional”, Madrid: *Derechos y Libertades*, N°. 14, época 2.

<sup>14</sup> Según Hart hay casos intermedios al hecho de considerar que hay o no hay estado. Entre estos extremos, afirma, “hay muchos tipos y grados diferentes de dependencia (y también de independencia) entre las unidades territoriales...por ejemplo las colonias, los protectorados, los territorios bajo administración fiduciaria, las confederaciones...presentan fascinantes problemas de clasificación. (ibídem, p. 273).

<sup>15</sup> Tesón, Fernando. 1998. “Derecho internacional, teoría de los juegos y moralidad”, Buenos Aires: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 3, N°.2.

<sup>16</sup> Sobre guerra y derecho internacional, véase Ruiz Miguel. 2004. “Guerra, justicia y derecho internacional”, México: *Isonomía. Revista de teoría del derecho*, N°. 20, México, DF.

El último aspecto que Hart examina en su recorrido tiene que ver con la discusión de las “normas básicas” del derecho internacional. Conforme esta forma de pensar, habría una analogía entre los derechos nacionales y el internacional en el sentido de que en ambos casos tenemos que presuponer —esta sería la idea de Kelsen— alguna norma básica que permita hablar de la “validez” de las reglas derivadas del sistema en cuestión. Entre los candidatos a cumplir tal rol podría encontrarse el principio “pacta sunt servanda”. Frente a este tipo de argumento, la idea principal de Hart es que es un “error suponer que una regla básica o regla de reconocimiento es una condición necesaria general de la existencia de reglas de obligación”. Más que una “necesidad” tal presuposición es un “lujo”.

Ahora bien, no es viable para Hart una analogía de “forma” como la incardinada en la presuposición de una norma básica; presuposición por otra parte “vacía” o “tautológica” pues, el *pacta sunt servanda*, identificado con tal norma básica, suele formularse en forma circular: “es obligatorio aquello que es de hecho obligatorio para los estados”. Más bien, lo que hay que tener en cuenta son las analogías de “contenido” y “función”. Las de función permiten ver aquellas funciones específicas del derecho internacional (ligadas por ejemplo a ciertas reglas secundarias de cambio y adjudicación) que no se encuentran en la moral. Las de contenido consisten en los principios o métodos que son comunes al derecho nacional y al internacional. Desde este punto de vista, afirmará Hart, “no hay otras reglas sociales que estén tan cerca del derecho nacional como las del derecho internacional”. (Ibidem, 292).

4. A modo de *coda* quisiera cerrar mi trabajo con la sugerencia de algunas vías abiertas a la investigación filosófica que se pueden desprender del trabajo de Hart. Ante todo es preciso señalar que mi presentación apretada del pensamiento de este filósofo del derecho sobre el derecho internacional ha seguido cierta exigencia de apego exegético. Pero, cumplida esta tarea si se quiere filológica, me gustaría cerrar con algunas consideraciones de lo que deja el trabajo del Profesor Hart.

Como ya he indicado en el trabajo, para Hart el derecho internacional es una forma compleja de derecho, pero *es derecho al fin*, aunque no tenga estructura sistemática<sup>17</sup>; no es, por ende, *pura moralidad*. La complejidad de esta área del derecho no obedece sólo a la peculiaridad normativa dada por la costumbre internacional o los tratados como fuentes específicas de derecho. Más bien, los desafíos del derecho internacional para la reconstrucción filosófica hay que pensarlos sobre el telón de fondo de su evolución histórica; evolución transida por el cruce de numerosos intereses de poder de los estados, disparidad de desarrollos socio-económicos, enfrentamientos bélicos, discrepancia de sistemas políticos (democracias, teocracias, etc.) y la vigencia de distintos grupos o generaciones de derechos humanos.

En mi opinión, el análisis conceptual propuesto por un filósofo debería combinar dos ingredientes: por una parte una deferencia por la carnadura histórica de los conceptos y su evolución en el tiempo. Hoy no asistimos al mismo tipo de configuración estatal, ni de orden internacional atravesado por un complejo proceso de globalización en marcha<sup>18</sup>, como el que rodeó, para parafrasear a Gadamer, como horizonte de comprensión hermenéutica, la tarea analítica de Hart. El planteo de Hart, en tal sentido, si bien es clásico por su pervivencia más allá de una edad de la humanidad, tiene obvias limitaciones dado que no fue escrito en función

---

<sup>17</sup> En oposición a Kelsen, para Hart el derecho internacional no configura un “sistema”. La idea de sistema es un “lujo” y no un rasgo “necesario” de todo derecho. Cfr. D’Aspremont, Jean. 2009. “Hart et le positivisme posmoderne en Droit International”, *RGDIP*, N°.3. Para una crítica a esta postura véase Payandeh, Mehrdad. 2011. “The concept of international law in the jurisprudence of H.L.A Hart”, *European Journal of International Law*. Vol. 21. N°.4.

<sup>18</sup> Rodríguez, Gabriela. 1999. “Derecho internacional y globalización”, México: *Isonomía. Revista de teoría del derecho*, N°. 11.



de los cambios de los estados y el orden internacional que estamos hoy presenciando. Al menos hay “matices” que considerar y que ayudarían a reformular o refinar la postura hartiana. Por la otra parte, el análisis conceptual, ya provisto de sustancia histórica, debería incorporar una impronta *normativa* desplegada a partir de la defensa, de lo que con Ronald Dworkin, llamaríamos una *concepción* competente comprometida no solo con la clarificación analítica sino también con la orientación normativa sobre qué tipo de diseño normativo debería tener el derecho internacional. El hecho de que la tarea analítica se considere “conceptual” no implica que sea neutral a compromisos normativos. El derecho internacional es un concepto *normativo*.<sup>19</sup> Y cuando realizamos tareas de estructuración y refinamiento de conceptos, sin duda estamos impactando no sólo en nuestra inteligibilidad del concepto sino que el mismo, por ser normativo, nos orienta, nos guía hacia el lugar al que debemos llegar (von Wright 2010). En Kant, y su *paz perpetua*, esta tarea está clara. Parte de esta tarea normativa impregna el trabajo del *Derecho de Gentes* de Rawls<sup>20</sup>. El problema que uno podría plantearse es hasta qué punto es posible consagrar una idea de derecho internacional *universal*<sup>21</sup> que, incluso, vaya más allá de la idea de “soberanías compartidas”. El mismo trabajo de Rawls está empapado de una ideología liberal, aun si matizada por la incorporación de pueblos no liberales pero decentes o bien ordenados<sup>22</sup>. Pero desde luego que los “estados canalla” o “criminales”, que quedan “fuera del derecho”, deben ser condenados e intervenidos militarmente. ¿Pero desde qué lugar universal trazar la condena y justificar la intervención? ¿Cómo fugarse del problema de la “justicia del vencedor” en la que meditó Danilo Zolo<sup>23</sup>?

Del mismo modo que es un problema metaético dar con una formulación universal de la moral, que escape al fantasma del relativismo moral, de manera semejante se plantea este problema en el ámbito jurídico. ¿Cuán universal puede ser el derecho internacional reconstruido bajo una tarea de análisis conceptual y de justificación normativa? Creo que a estas preguntas no puede responderlas el trabajo de Hart. Su *positivismo metodológico*, preocupado por la separación necesaria entre derecho y moral, y por la búsqueda de una teoría *jurídica neutral* a los valores morales-políticos, no puede dar cuenta de ningún modo del problema de la *normatividad* que el derecho internacional, como cualquier otro derecho, nos plantea. “Normatividad” en el sentido de explicar cómo el derecho internacional genera obligaciones válidas que deben ser obedecidas hayan sido consentidas o no por los estados. Sencillamente el positivismo es incapaz de responder a esta cuestión; no está en su programa hacerlo. Hart defiende una teoría *jurídica*. Su metodología, pues, es doble: es jurídica y esta juridicidad está aislada de la moralidad política. Si a este dato se le suma el reconocimiento del intento de Hart de dar cuenta de la “autoridad” del derecho internacional, uno cae en la cuenta de que su propuesta es insuficiente. Desde el mismo momento en que introduce en el vocabulario teórico la expresión “autoridad” no puede evitar que se cuele por la ventana el problema de la normatividad. El

---

<sup>19</sup> Cfr. Buchanan, Allen y Golove, David. 2002. “Philosophy of International Law”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, edited by Jules Coleman y Scott Shapiro, Oxford: Oxford University Press.

<sup>20</sup> Cfr. Vitale, Ermanno. 2004. “Rawls y el derecho de gentes. Apuntes de lectura”, *Isonomía*. México: *Revista de teoría del derecho*, N°. 24.

<sup>21</sup> Podría ser universal en sentido “amplio” o más “restringido”, por ejemplo al procesamiento y castigo de crímenes serios contra la humanidad. Véase Macedo, Stephen (Ed). 2004. *International Jurisdiction. National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law*. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press.

<sup>22</sup> Esta cuestión entronca con la discusión filosófica de si se puede afirmar en forma aceptable la existencia de un “derecho humano universal a la democracia”. Para esta discusión, véase, por ejemplo, Seleme, Hugo. 2012. “Democracia Internacional, Derecho Humano a la Democracia e Intervención Humanitaria”, Alicante: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 35. Alicante, que defiende una respuesta negativa. Como complemento, Seleme apoya la tesis de que efectivamente sí existe un derecho a una “democracia internacional” cuyos titulares son los Estados *Legítimos*. La tesis de Seleme serviría para sostener, algo en lo que acuerdo, que la organización de naciones unidas no es democrática.

<sup>23</sup> Zolo, Danilo. 2007. *La justicia de los vencedores*. Buenos Aires: *De Nüremberg a Bagdad*, Edhasa.

positivismo no puede explicar satisfactoriamente la autoridad y, si tiene éxito al hacerlo, será al precio de su auto-destrucción: el positivista habrá dejado de ser positivista. Por lo tanto, si queremos dar cuenta de la autoridad del derecho internacional, o de la naturaleza del *ius cogens*, o de la aplicabilidad<sup>24</sup> en cualquier orden jurídico de normas internacionales válidas, o de la necesidad de vigencia de un sistema universal de derechos humanos, tenemos que quitarnos el atuendo positivista. Y, al hacerlo, dejaremos la *teoría jurídica* y haremos una tarea *filosófica* más *amplia*, una comprometida con la filosofía política y moral. La autoridad es un problema de la moralidad política y no hay forma de encapsular al derecho internacional respecto de esta base normativa. Si el derecho internacional no es un juego de suma cero, en el que solo priman intereses estratégicos, al mejor estilo hobbesiano, o en el que cabe de sastre el dilema del prisionero, sino que en el derecho internacional se precipitan ideales morales-políticos, pues de eso tendremos que discutir los filósofos. No bastará para ello solo la teoría del derecho y, mucho menos, si esta se pretende neutral. Habrá que tomar partido y articular tal postura en un espacio de las razones y el debate. Y esto obligará sin duda a abandonar el subjetivismo con que algunos juristas, *à la Mackie*, miran con desdén a la moral y abrazar alguna forma robusta de objetivismo.

---

<sup>24</sup> Rodríguez, Jorge y Vicente, Daniel. 2009. “Aplicabilidad y validez de las normas de derecho internacional”, Alicante: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, N°. 30.

# EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN DEL CIBERESPACIO Y LOS CONFLICTOS DE SOBERANÍA EN LA INTERACCIÓN VIRTUAL

Lucas Emmanuel Misseri<sup>1</sup>

**Resumen:** El ciberespacio es un concepto complejo cuyo referente genera una serie de desafíos teórico-prácticos. Aquí me interesa abordar de un modo iusfilosófico la siguiente cuestión ¿quiénes deberían ejercer la soberanía en el ciberespacio? O de modo más completo ¿qué entidad político-jurídica debería determinar las jurisdicciones pertinentes en cada caso que involucre interacción virtual por medio de redes informáticas? Para cumplir este objetivo sigo la clasificación de Lawrence Lessig, quien distingue entre respuestas extremas y mixtas a este problema. Llamo a las dos primeras propuestas extremas perspectiva libertaria (D. G. Post, D. R. Johnson, J. P. Barlow y J. Assange) y perspectiva conservadora (J. Goldsmith y T. Wu) y las contrasto con la perspectiva mixta de Lessig, Sachdeva y Mueller subrayando fortalezas y debilidades cada una. Finalmente argumento que la perspectiva mixta es más adecuada para elaboración de criterios de determinación de jurisdicción porque buscan formar instituciones que reconozcan la complejidad del ciberespacio. No obstante, sus ventajas las propuestas de solución vigentes desde esta perspectiva son todavía problemáticas para su aplicación y desarrollo práctico.

**Palabras clave:** derecho internacional- soberanía-Internet.

## 1. INTRODUCCIÓN

El ciberespacio es un concepto complejo cuyo referente genera una serie de desafíos que incumben a las ciencias humanas y especialmente a la filosofía y al derecho. Aquí me interesa tratar puntualmente el problema de la determinación de jurisdicción del ciberespacio como una unidad. Este interrogante involucra el problema de la soberanía de los Estados en las redes informáticas globales y el rol que juega el derecho internacional en la solución de casos concretos en los que la determinación de la jurisdicción pertinente no es clara por el carácter virtual de la interacción en el ciberespacio. La pregunta rectora de mi trabajo es ¿quiénes deberían ejercer la soberanía del ciberespacio? O de otro modo ¿qué entidad político-jurídica debería establecer las jurisdicciones en los conflictos originados a partir de interacciones virtuales a partir de redes informáticas?

Mi abordaje metodológico de este problema procura ser iusfilosófico antes que jurídico o informático, en tanto que intento rastrear la visión filosófico-política en la que se enmarcan las distintas posturas teóricas sobre el problema y dar argumentos a favor y en contra de cada una de las propuestas de solución. Para cumplir con esta finalidad he estructurado mi escrito en cuatro secciones. En la primera sección defino los términos clave “jurisdicción” y “ciberespacio” para despejar posibles equívocos fruto de la polisemia de ambos (1). En segunda instancia, me valgo de la clasificación del académico del derecho y especialista en temas informáticos, el norteamericano Lawrence Lessig, según la cual las respuestas a la pregunta rectora se pueden clasificar en extremas y mixtas<sup>2</sup>. A partir de ello, describo las características de la postura extrema libertaria de David G. Post y David R. Johnson (2); luego, hago lo mismo con la postura extrema conservadora de Jack Goldsmith y Tim Wu (3); y por último, contrasto las posturas mixtas del propio Lessig, de AmitSachdeva y Milton Mueller (4). Procurando mostrar las ventajas de esta última perspectiva sobre las dos anteriores, en tanto que responde mejor a la complejidad inherente del ciberespacio y ofrece una base más productiva para el

- 
- 1 Profesor y Licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional de Mar del Plata (2006 y 2008). Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Lanús (2013). Becario posdoctoral de Conicet con un proyecto sobre las tensiones políticas en el ciberespacio, radicado en el grupo DEEP del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de las Cátedras de Introducción a la Filosofía y Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Chilecito. Desde 2010 editor en jefe de Prometeica: Revista de Filosofía y Ciencias. Ha realizado estancias de investigación de posgrado en Eslovaquia (2009), México (2010) y Australia (2014).
  - 2 Lawrence Lessig, *Code: version 2.0* (Nueva York: Basic Books, 2006), 300-302.

acuerdo de criterios de establecimiento de jurisdicciones.

## 2. DEFINICIONES DE JURISDICCIÓN Y CIBERESPACIO

Antes de exponer las tres posturas principales sobre el problema considero necesario definir los conceptos claves de mi escrito: jurisdicción y ciberespacio para evitar malos entendidos, dado que ambos tienen características que los posicionan como polisémicos y ambiguos en ciertos contextos prácticos.

Por un lado, el término jurisdicción es de origen latino refiriéndose originalmente al dictado (*dictio*) del derecho (*iuris*), en el sentido de la administración del mismo. Es una herencia del derecho romano y el mismo puede entenderse desde tres formas: primero, como el poder de soberanía que tiene un Estado para imponer una determinada ley; segundo, la elección de un conjunto de reglas que se aplicarán en un determinado caso; y tercero, la corte que debe juzgar el hecho en cuestión. Según la teoría general de la jurisdicción de Andreas Lowenfeld, expuesta en la Convención de La Haya sobre jurisdicción y juicios de 2001, los principios que deberían guiarla son la razonabilidad (*reasonableness*) y la equidad (*fairness*)<sup>3</sup>. El concepto de jurisdicción está íntimamente ligado al de soberanía, siendo este entendido como el poder supremo de gobierno en un territorio determinado. La idea de soberanía evolucionó desde la figura autoritaria del monarca único, el *superanus* latino que está por encima de todos los demás—el “leviatán” de Hobbes—al poder estatal que representa a los ciudadanos en las modernas democracias. Desde el Tratado de Paz de Westfalia de 1648 que estableció el Estado moderno, la característica de su poder soberano ha sido la territorialidad. Por lo cual no extraña que a partir del principio de territorialidad la noción de jurisdicción sea definida como el poder de un soberano en un determinado territorio y que por extensión se suele aplicar el término a cada corte particular. Si bien el principio de territorialidad es el más importante no es el único criterio el principio de nacionalidad, el de bandera, etc. No obstante, si bien hay alternativas todas remiten de alguna forma de porción geográfica. Por ello, la problemática que me interesa surge a partir de la aparición del dominio ciberespacial que pone a prueba esos criterios puesto que por las particularidades del nuevo medio los mencionados criterios no son de tan fácil aplicación como en los contextos tradicionales, por ejemplo su carácter a-geográfico y a-nacional.

Por otro lado, el término ciberespacio es una combinación de un término griego que refiere al gobierno de un barco (*kybernáo*) y otro latino que refiere a un área geográfica o a un período de tiempo particulares (*spatium*). Es una herencia de la literatura de ciencia ficción según la cual se imaginaba una especie de “alucinación colectiva”<sup>4</sup> que permitía interpretar la conexión a redes informáticas como un nuevo espacio virtual distinto del espacio territorial. El ciberespacio suele ser homologado a Internet, la red de redes informáticas surgida a fines del siglo XX; no obstante, pretende el primer concepto pretende ser más amplio en tanto que incluye esa red en particular y todas las otras redes informáticas (cajeros automáticos, redes de mensajería instantánea, etc.). La definición más completa que he podido concebir entendería al ciberespacio como un dominio que conjuga tres dimensiones distintas pero inseparables<sup>5</sup>. La primera sería la dimensión física, dada a partir de la infraestructura que hace posible las múltiples interacciones de distintos sujetos en un espacio virtual. Por virtualidad entiendo con

---

3 Thomas Schulz, “Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface”, *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No. 4 (2008): 816.

4 William Gibson, *Neuromancer* (Nueva Jersey, Ace Books, 1984), 51. Si bien se suele recordar a Gibson por esta primera definición de ciberespacio, la invención del término la comparte con otros dos autores que también la emplearon a principios de la década de 1980: Vernon Vinge en *True Names* (1980) y John M. Ford en *Web of Angels* (1980).

5 Esta definición es fruto del trabajo colectivo realizado en el seminario “Ética y política en el contexto del ciberespacio” que dicté en 2014, en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de Córdoba, Argentina.

el danés Thomas Ploug que hace referencia a la ubicuidad e indeterminación geográfica que caracteriza a las interacciones ciberespaciales<sup>6</sup>. La segunda sería la dimensión informática propiamente dicha, constituida por software, protocolos y otros algoritmos matemáticos y de programación que permiten la conexión y la mencionada virtualidad estructural. La tercera sería la dimensión subjetiva, dada por los distintos actores que interactúan en el ciberespacio y que le dan un significado a la interacción virtual. Estos pueden ser meros usuarios, expertos particulares, agentes de organismos privados y públicos e incluso bots que imiten conductas humanas<sup>7</sup>.

Por lo tanto, habiendo definido ambos términos considero que la problemática radica en la complejidad del ciberespacio, dada por su estructura tripartita que combina a un mismo tiempo aspectos que pueden ser concebidos desde el marco del paradigma jurisdiccional de la territorialidad soberana (la infraestructura física que la hace posible y los actores cuyas interacciones la constituyen) y por otro lado, el aspecto informático que es virtual y por consiguiente ubicuo, ageográfico o al menos geográficamente indeterminado. Desde este marco conceptual es que a continuación me detendré en el análisis de las tres diversas perspectivas que han intentado superar esta complejidad inherente de lo ciberespacial para la mejor aplicación de la ley sentando posición sobre cuál es o cuál debería ser el soberano que determina las jurisdicciones.

### 3. PERSPECTIVA LIBERTARIA

En el posible choque de soberanías que se da a partir de la interacción de distintos actores en el ciberespacio, algunos son partidarios que no se trata de distintas soberanías estatales sino entre la soberanía estatal y la soberanía ciberespacial. Lessig denomina a esta postura como una forma extrema de abordar el conflicto, la misma se caracteriza por una exacerbación de la idea de novedad del ciberespacio y por la acentuación de las limitaciones de las jurisdicciones tradicionales basadas en el principio de territorialidad para establecer soberanía sobre el ciberespacio por lo cual se propone tratar al ciberespacio como una jurisdicción diferente. Los principales propulsores de esta idea han sido los profesores de leyes estadounidenses David G. Post y David R. Johnson. Ellos defendieron esta postura desde mediados de la década de 1990 tras la aparición de la World Wide Web; no obstante, su postura representa a un núcleo amplio de pensadores, técnicos y aficionados a las tecnologías de la información y la comunicación que discutían en foros virtuales y físicos el alcance del nuevo ámbito que se iba desarrollando con la ayuda de algunos de ellos.

Denomino a esta perspectiva “libertaria” traduciendo el término anglosajón *libertarian* el cual implica las posturas anarco-capitalistas de los primeros teóricos del ciberespacio agrupados en listas de mensajería electrónica. Entre estos grupos destaca el formado a partir de la lista *cypherpunks*<sup>8</sup> que en la misma década batalló contra la ley de telecomunicaciones estadounidense de 1996 sosteniendo una serie de manifiestos<sup>9</sup> en pos de la libertad en el nuevo ámbito comunicativo. El más extremo lo constituyó la “Declaración de Independencia del

---

6 Thomas Ploug, *Ethics in Cyberspace: How Cyberspace May Influence Interpersonal Interaction* (Dordrecht, Springer, 2009), 70.

7 Los “bots” son programas informáticos que imitan el comportamiento humano realizando funciones rutinarias de edición digital. El término deriva de la palabra “robot”, en tanto que está al servicio humano del mismo modo que sus contrapartes mecánicas.

8 Originalmente el término surgió por imitación del término con el que se refiere a un cierto tipo de relato de ciencia ficción: el *berpunk*. No obstante, tiene unas cargas semánticas que derivaron en un símbolo para activistas hackers: se refiere al grupo de la nueva generación (*punks*) que en el marco del ciberespacio (*cyber*), usa el cifrado como acción política (*cipher*).

9 Cf. Tim C. May. "The Crypto Anarchist Manifesto" y Eric Hughes. "A Cypherpunk's Manifesto", ambos en *Crypto Anarchy, Cyberstates and Pirate Utopias*, Peter Ludlow, ed. (Cambridge, US, The MIT Press, 2001), 61-84.

Ciberespacio” escrita por John Perry Barlow en 1996 y que tuvo una interesante repercusión crítica en círculos académicos y técnicos a pesar de su tono:

Gobiernos del Mundo Industrial, ustedes codiciosos gigantes de carne y acero, yo vengo del Ciberespacio, el nuevo hogar de la Mente. En nombre del futuro, yo les pido a ustedes que son del pasado nos dejen solos. Ustedes no son bienvenidos entre nosotros. Ustedes no tienen soberanía donde nos reunimos<sup>10</sup>.

Barlow junto a Mitch Kapor y John Gilmore fundaron en 1990 en San Francisco la *Electronic Frontier Foundation*, organización sin fines de lucro que tiene por objetivo “defender las libertades civiles en el mundo digital”<sup>11</sup>. Uno de los autores que mencioné más arriba, David R. Johnson, fue presidente de la organización. El mismo término “*electronic frontier*” resume la idea central de Post y Johnson y por extensión de gran parte de la comunidad libertaria. En palabras de los mismos autores:

Las comunicaciones globales basadas en computadoras atraviesan fronteras territoriales, creando un nuevo reino de actividad humana y minando la factibilidad—y la legitimidad—de aplicar nuevas leyes basadas en fronteras geográficas. Mientras estas comunicaciones electrónicas causan estragos en las fronteras geográficas, una nueva frontera—hecha de pantallas y contraseñas que separan el mundo virtual del “mundo real” de átomos—emerge. Esta nueva frontera define un ciberespacio distinto que necesita y puede crear nuevas leyes e instituciones legales para sí mismo. (...) las autoridades territoriales establecidas podrían todavía aprender a dejar lugar a los esfuerzos autorregulatorios de los participantes del ciberespacio que se preocupan más profundamente acerca de este nuevo comercio digital de ideas, información y servicios. Separado de la doctrina atada a las jurisdicciones territoriales, nuevas reglas emergerán, en una variedad de espacios online, que rijan un amplio rango de nuevos fenómenos que no tienen un claro paralelo en el mundo no virtual. Estas nuevas reglas jugarán el rol de definir la personería y propiedad jurídicas, resolviendo disputas, y cristalizando una conversación colectiva acerca de los valores centrales.<sup>12</sup>

Es decir, lo que los “ciberlibertarios” defienden es la interpretación del ciberespacio como una jurisdicción distinta de las jurisdicciones territoriales. Esto es debido al carácter ubicuo de las interacciones entre usuarios y a la intangibilidad de la mayoría de los bienes intercambiados. Post y Johnson consideran que la frontera electrónica de este “lugar” distinto que limita con el “mundo real” está dada por las pantallas y las contraseñas<sup>13</sup>. Los autores son optimistas al considerar que el ciberespacio puede crear su propia *lex informatica* por medio de sus comunidades de actores virtuales del mismo modo que los mercaderes europeos desarrollaron la *lex mercatoria* en la Edad Media. A su vez, añaden que la clave de su enfoque para resolver conflictos entre la ley local y la ley ciberespacial, estaría en la doctrina de la “*comity*” o reciprocidad legal<sup>14</sup>. La misma consiste en el reconocimiento que una nación otorga dentro de su territorio a los actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otra nación, habiendo debido considerar la conveniencia y el deber internacional, y los derechos de sus propios ciudadanos o de otras personas que están bajo la protección de su ley. Lo problemático es que ese mismo

---

10 John Perry Barlow, “A Declaration of the Independence of Cyberspace”, en Peter Ludlow, ed. *Op. Cit.*, 28.

11 Véase <https://www EFF.org/about> (consultado 10 de abril de 2015).

12 David R. Johnson y David G. Post, “Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace” en: Peter Ludlow, ed., *Op. Cit.*, 145.

13 *Ibid.* 154.

14 *Ibid.* 165.

criterio es el que apelan autores que niegan el carácter especial del ciberespacio<sup>15</sup>. No obstante, la particularidad del planteo de Post y Johnson es que creen que la reciprocidad no debería darse entre distintos Estados sino entre el ciberespacio y los Estados nacionales.

La visión libertaria de Post y Johnson considera que la *lex informatica* surge del propio medio virtual tiene eco en otras generaciones de *cypherpunks* como por ejemplo la de Julian Assange y otros *hackers* contemporáneos. Éstos en un debate reciente establecieron que los principios de los *cypherpunks* están en defender las libertades con las leyes humanas y las leyes físico-matemáticas. En otras palabras, adscriben con Post y Johnson que hay una frontera que separa su “nuevo reino de las ideas” del mundo real y ésta está dada por la criptografía<sup>16</sup>.

La principal debilidad de este enfoque radica que si bien reconoce la complejidad del problema no brinda una solución adecuada. Esto es debido a que depende de la manifestación espontánea de ciertos ordenamientos “naturales” de las comunidades virtuales en materia legislativa que no se estarían estableciendo. Incluso, la propuesta del principio de reciprocidad entre la ley local y la ley informática no podría darse claramente porque no hay aún una ley informática homogénea, en el caso de que la hubiese. Esto deja el problema de la jurisdicción irresuelto, puesto que el criterio para la resolución de conflictos es insuficiente, estimula la anomia y deja un gran lugar para lo que los propios *cypherpunks* denominan los “cuatro jinetes del infoapocalipsis” refiriéndose a los grandes perjuicios para la humanidad que se siguen de la desregulación del ciberespacio<sup>17</sup>.

#### 4. PERSPECTIVA CONSERVADORA

La segunda postura extrema identificada por Lessig es la que niega toda novedad al ciberespacio. La falta de fronteras de la era digital es una “ilusión”, según lo sostenido por Jack Goldsmith y Tim Wu, quiénes una década después de los escritos de Post y Johnson elaboraron una contraargumentación a la idea de Internet como un nuevo soberano<sup>18</sup>. Para ambos no hay una sola Internet sino múltiples, es en este sentido es que cada país tiene la posibilidad de construir la Internet que desea gracias a ciertos avances tecnológicos—por ejemplo, filtros de contenidos sobre base geográfica<sup>19</sup>—. El supuesto relativista de Goldsmith y Wu es que cada nación tiene necesidades diferentes con respecto a temas críticos como la libertad de expresión y que no es adecuado imponerle unos únicos estándares a las culturas diversas. Esta postura sería positiva si no se desentendiera del lado negativo de la misma, es decir, la aceptación de la represión estatal y la deriva de millones de humanos que no logran defender derechos que desde sus propias culturas consideran valiosos y dignos de ser defendidos y ejercidos. La

---

15 Wolff Heintschel von Heinegg, “Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyberspace” en *4th International Conference on Cyber Conflict*, C. Czosseck, R. Ottis y K. Ziokowski, eds. (Tallinn, NATO Publications, 2012), 7-19.

16 Julian Assange et al. *Cypherpunks: Freedom and the Future of the Internet* (Nueva York: OR Books, 2012).

17 Estos son: la pedofilia, el terrorismo, el lavado de dinero y el tráfico de drogas. Julian Assange et al, *Op. Cit.*, 43. En cambio, para un autor no libertario como Mueller no se trata de un fatalismo exagerado como a veces se sigue de los comentarios de los *cypherpunks* sino que hay cuatro tendencias en Internet que exigen cambios: la contienda por la propiedad intelectual, la ciberseguridad, la regulación de contenidos y los recursos críticos de Internet. Milton M. Mueller, *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance* (Cambridge, US, The MIT Press, 2010), 5.

18 Jack Goldsmith y Tim Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World* (Nueva York: Oxford University Press, 2006), 2.

19 Generalmente estos filtros se manifiestan con advertencias como “este contenido no está disponible en su país”, si bien es cierto que existen herramientas que permiten saltar estos filtros requieren conocimientos técnicos que no toda la población posee. Este argumento no es elaborado por los autores pero podría diferenciarse entre una internet de los técnicos y una de los meros usuarios. Douehi desarrolló el concepto de “digitalista por accidente” para la franja intermedia que sin ser técnicos están actualizados en tecnologías informáticas y por ejemplo podrían vencer estos filtros. Milad Douehi, *La gran conversión digital*, (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010), 18-19.

insatisfactoria respuesta que parecen ofrecer los autores es que en el caso de disentir con las políticas aplicadas en el marco de su propio Estado el ciudadano tiene la libertad de elegir vivir en otro Estado donde las condiciones se adecuen mejor a sus necesidades. Lo que a la larga generaría una competencia interestatal para representar de mejor modo las necesidades ciudadanas.

Denomino a esta postura conservadora, siguiendo la crítica de Milton Mueller, quien considera que el libro de Goldsmith y Wu era necesario que fuera escrito para la discusión. Considero que esto es así porque la postura que estos autores sostienen es sostenida *de facto* por gran parte de los profesionales del derecho que tienen que establecer criterios concretos en los casos de conflictos originados por interacciones ciberespaciales<sup>20</sup>. Por ejemplo, los criterios actuales del derecho internacional privado para establecer jurisdicción personal en los Estados Unidos son tres:

Primero, el test Zippo de escala móvil Zippo, surge a partir del fallo de 1997 Zippo Manufacturing Company versus Zippo.com Incorporated. En él se estableció que el ejercicio constitucional de la jurisdicción personal era directamente proporcional a la naturaleza y calidad de la actividad comercial conducida online por el imputado. La escala va desde websites pasivas a activas, que desarrollan toda su actividad comercial online.

Segundo, el test de efectos Calder, surge del fallo Calder versus Jones, de 1984. Este se enfoca en el daño causado por las acciones del imputado. Para esto debe cumplir la condición ser un acto intencional y expresamente dirigido al Estado foro.

Tercero, el test de “totalidad de las circunstancias”, surgido de Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. versus Pryor, de 2005. Según el cual no se necesitaría demostrar ninguna conexión entre el imputado y el Estado foro; más bien, la totalidad de los contactos del imputado con el Estado foro debe indicar que el ejercicio de jurisdicción sería propio<sup>21</sup>.

Estos tres criterios están vigentes y entran en constante conflicto, llegando a entrar en conflicto con el requisito constitucional de debido proceso. Por lo cual, es un problema empírico y no una mera ilusión el hecho de que el ciberespacio supone la necesidad de repensar la ley. También pueden ser denominados de modo más general como respondiendo al criterio de territorialidad subjetiva, al criterio que prioriza los efectos y al criterio del “*targeting*” que estaría enfocado en el destinatario intencional de la interacción virtual<sup>22</sup>.

Sin embargo, ese no es el principal problema del enfoque conservador sino el hecho de que al mismo tiempo que defiende un ciberespacio de múltiples internets, en ocasiones no encuentra inconveniente en que esas “internets” se unifiquen bajo los criterios de un sólo soberano: los Estados Unidos de América<sup>23</sup>. En tanto que las pretensiones de jurisdicción extraterritorial de este país junto a su poder técnico, político y militar le permiten ser más que un paradigma de regulación del ciberespacio. Por tanto, la visión del respeto por multiplicidad junto a la negación de un aspecto distinto de interacción en el ciberespacio sustenta también la idea de una superpotencia soberana del ciberespacio. Por el rol creciente que el mismo juega en la burocracia estatal y los medios de comunicación este escenario está lejos de ser deseable.

---

20 Milton M. Mueller, “The New Cyber-Conservatism: Goldsmith/Wu and the Premature Triumphalism of the Territorial Nation-State. Review of Goldsmith and Wu's *Who Controls the Internet*. Illusions of a Borderless World”, *Internet Governance Project*, 2006. <http://www.internetgovernance.org/2006/05/01/6-2006-the-new-cyber-conservatism-goldsmithwu-and-the-premature-triumphalism-of-the-territorial-nation-state-a-review-of-goldsmith-and-wus-who-controls-the-internet-illusions-of-a-borderless-w/> (consultado el 4 de julio de 2014).

21 Yasmin R. Tavakoli y David R. Yohannan, “Personal Jurisdiction in Cyberspace: Where Does It Begin, and Where Does It End” en *Intellectual Property & Technology Law Journal*, Vol. 3, No. 3 (enero 2011).

22 Thomas Schultz, *Op. Cit.*, 811-817.

23 Cf. Wolff Heintschel von Heinegg “Legal Implications of Territorial Sovereignty in Cyberspace”, 2012 en: C. Czosseck, R. Ottis y K. Ziokowski (eds.) *4th International Conference on Cyber Conflict*. Tallinn: NATO Publications, pp. 7-19.



## 5. PERSPECTIVA MIXTA

A continuación analizaré someramente la postura del mismo Lessig sustentada en la idea de arquitectura informática del ciberespacio y la contrastaré con la de Amit M. Sachdeva que aboga por la creación de organismos internacionales que establezcan acuerdos armónicos; y la de Milton M. Mueller, quien considera que existe una necesidad institucional internacional pero que debe organizarse como un sistema de gobernanza y no de gobierno<sup>24</sup>. Dice Lessig sobre los cibernautas:

Queremos decir que están o en el ciberespacio o en el espacio real. Tenemos este deseo porque queremos saber qué espacio es responsable. ¿Qué espacio tiene jurisdicción sobre ellos? ¿Qué espacio rige? La respuesta es ambos. Cuando alguien está en el ciberespacio, está también aquí, en el espacio real. Cuando uno está sujeto a las normas de una comunidad del ciberespacio, uno también está viviendo dentro de una comunidad en el espacio real. Tú siempre estás en ambos lugares si estás allí, y las normas de ambos lugares se aplican<sup>25</sup>.

En una aparente violación del principio de tercero excluido, Lessig afirma que el ciberespacio es algo nuevo y al mismo tiempo no lo es, que el usuario del ciberespacio está en un territorio particular y también en el territorio ciberespacial. Él reconoce parcialmente cierta verosimilitud a las posturas extremas pero cree que ambas están erradas. Considera como Post y Johnson que hay un carácter novedoso en el ciberespacio y que es cierto que es un espacio distinto, pero acordando con Goldsmith y Wu, no considera que ese espacio sea independiente del espacio territorial de los Estados. No obstante, disiente también con estos últimos en la creencia de que las estrategias tradicionales pueden dar respuesta a los dilemas a gran escala que produce este nuevo ámbito que es el ciberespacio. Por ello sostiene la construcción institucional de una Internet compartida en atención a las necesidades de los distintos ciudadanos responsabilizando a tales por sus acciones pero no independizándolos de su contexto estatal. Para llevar a cabo esto Lessig imagina una nueva tecnología, porque cree que hasta ahora la filosofía política había trabajado con problemas cuyas soluciones le eran aplicables a grandes grupos humanos y entidades abarcativas pero en este caso el problema está en que muchos de los conflictos se dan directamente entre ciudadanos sin necesaria mediación estatal.

Para ello propone la implementación una nueva capa a Internet lo que él denomina “capa de identidad” (*identity layer*) destinada a diferenciar los distintos derechos y libertades que tienen los usuarios de distintos países en el espacio compartido y distinto de Internet—buscando tecnologías que permitan transparentar qué hace quién y desde dónde lo hace—. La solución de Lessig proporciona aún más conflicto y no ha tenido suficiente aceptación entre la comunidad académica y mucho menos entre los usuarios. El argumento de Lessig es que toda sociedad tiene un tipo de control y que no explicitarlo lo deja implícito y lo hace más peligroso. En el caso de una capa identitaria de Internet permitiría algún tipo de “*accountability*” de los ciudadanos por sobre el gobierno. Pero al mismo tiempo dejaría abierta la posibilidad del aumento de la vigilancia privada y pública de la intimidad de los agentes del ciberespacio.

La ventaja del enfoque de Lessig es que su preocupación por la arquitectónica informática de las redes que constituyen el ciberespacio se dirige directamente a la capa más problemática del mismo, la que en la sección 1 definí como la dimensión propiamente informática del ciberespacio. El intento de Lessig es el de replicar el modelo territorial a esta dimensión por

---

24 Mueller entiende por gobernanza “la coordinación y regulación de actores interdependientes en ausencia de una autoridad política general”. Milton M. Mueller, *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance* (Cambridge, US, The MIT Press, 2010), 8.

25 Lawrence Lessig, *Op. Cit.*, 298.

una serie de protocolos, códigos, “las contraseñas” de Post y Johnson, de modo que soliciten la identidad del usuario para poder aplicarle la jurisdicción que le pertenezca. Para los pensadores libertarios esto va contra la esencia misma del ciberespacio, no obstante, es uno de los caminos que han intentado seguir muchos gobiernos. No obstante, como advierte Mueller no basta con imponer un código informático en el ciberespacio sino contar con el apoyo institucional y empresarial<sup>26</sup>.

En contraste, hay otro tipo de posturas mixtas como la del académico indio AmitSachdeva y el propio Milton Mueller que apoyan el estímulo de organismos supranacionales que establezcan los criterios de aplicación de un modo más armónico. En el caso de Sachdeva este objetivo se busca a partir de un “modelo de armonización internacional basado en tratados” entre Estados<sup>27</sup>, lo que puede ser criticado siguiendo el aspecto clave destacado por Lessig de que la particularidad del ciberespacio es que no se trata de una relación entre instituciones sino entre individuos. Es en este sentido en el que la propuesta de Mueller parece ser superadora, en tanto que busca por medio de mecanismos de gobernanza que sean los propios usuarios del ciberespacio los que legitimen la jurisdicción a establecerse a partir de su participación en distintas redes en las que no están excluidos los organismos estatales y privados pero que forman parte del foro que discute las políticas ciberespaciales<sup>28</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

Recapitulando, la perspectiva extrema libertaria tiene la ventaja de reconocer la diversidad del nuevo entorno ciberespacial pero la debilidad de no dar un criterio adecuado de aplicación de jurisdicción al establecer la idea de una *lex informatica* que se manifestaría espontáneamente en las distintas comunidades virtuales, las cuales son múltiples *per se*. Si bien esta postura se hace eco del espíritu de los primeros teóricos del ciberespacio, no propone una forma de institucionalizarlo de modo que permita dar criterios claros para la resolución de conflictos; puesto que la doctrina de “comity” necesita que la jurisdicción ciberespacial tenga una ley claramente definida y eso no ha ocurrido aún.

En contraste, la perspectiva extrema conservadora tiene la ventaja de reconocer la diversidad de jurisdicciones territoriales pero la debilidad de no distinguir las particularidades del nuevo medio. Al tiempo que de ese no reconocimiento de que hay una red que incluye redes superiores, se deja libre voluntaria o involuntariamente el camino para una soberanía estadounidense del ciberespacio, en tanto que no se reconocen las diferencias de poder efectivo de los distintos estados soberanos al intentar imponer su jurisdicción sobre el ciberespacio. Los conservadores parecen nuevos Trasímacos estableciendo la ley del más fuerte en el ciberespacio, por lo que en el contexto geopolítico actual ese lugar estaría ocupado por los Estados Unidos de América quienes sirven de facto como paradigma de aplicación jurisdiccional para varios estados. Esto no sería deseable por las mismas razones que dan los propios conservadores, al decir que cada estado nacional tiene necesidades legales particulares que un sólo paradigma podría no satisfacer.

Por último, la perspectiva mixta reconstruye mejor la complejidad del ciberespacio porque, por un lado, reconoce la tradición epistémica que sustenta la legalidad en los contextos territoriales y en el concepto mismo de jurisdicción. Al mismo tiempo reconoce el carácter novedoso de esta forma de interacción humana. El intento de Lessig prueba un enfoque no sostenido antes que tiene un dejo de la tecnocracia que sustenta muchas organizaciones de expertos: el que domina el código domina la red. No obstante, su propuesta de la codificación de una capa

---

26 Esto es lo que Mueller llama “operaciones” destinadas a contar con el aval de aquellos prestadores de servicios en Internet que tienen acceso a los recursos críticos. Milton M. Mueller, *Op. Cit.* (2010), 172.

27 Amit M. Sachdeva, “International Jurisdiction in Cyberspace: A Comparative Perspective”, *Computer and Telecommunications Law Review*, Vol. 13, No. 8 (2007): 245.

28 Milton M. Mueller, *ibid.*, 107.

identitaria en el ciberespacio como *lex informatica* positiva no supera la objeción de Mueller de que no basta con el código sino hay voluntad humana de aplicarlo, ni legitimidad del mismo. La criptografía permite a muchos hackers y otros expertos saltar las “barreras electrónicas” que se intentan establecer en el ciberespacio. Lessig responde a ese problema diciendo que lo importante no es que todos respeten la ley sino que la mayoría lo haga y en tanto que la mayoría no tiene suficientes conocimientos técnicos su modelo sería aplicable. Mueller sostiene algo similar a Sachdeva, la necesidad de organismos internacionales que institucionalicen la gobernanza del ciberespacio, aunque para Sachdeva es una cuestión de estados y para Mueller de individuos y organizaciones.

Considero que el mejor camino está en tener en cuenta los tres aspectos del ciberespacio: su dimensión física regida por las jurisdicciones tradicionales, su dimensión informática regida por la arquitectura de las redes y su dimensión subjetiva, regida por las voluntades y conductas de los distintos usuarios en interacción continua. Claramente el enfoque mixto es superior en tanto que permite integrar todas las dimensiones, el problema está en cómo conseguir los acuerdos necesarios para llevarlos a cabo. Por ejemplo, en cuestiones de infraestructura, hay Estados que poseen más servidores y mayor poder por encima de otros y que ante un eventual conflicto bélico podrían intervenirlos o incluso, aunque menos probable, desconectar países completos. En cuestiones informáticas, está el problema de la identidad, si es deseable o no que cada usuario esté identificado por un documento de identidad digital, al menos en algunas cuestiones burocráticas es la tendencia actual y le da parcialmente la razón a Lessig. No obstante, el último aspecto, el subjetivo o humano es uno de los más difíciles de considerar, puesto que la idea de Mueller de la participación directa de muchos usuarios en los procesos decisorios tiene que enfrentar el problema de la exclusión, donde muchas voces no son oídas y muchos carecen de acceso a la tecnología suficiente para participar o para tener un representante. Debido a la creciente digitalización de lo humano considero que de dar respuesta a estos interrogantes se sigue el futuro político de nuestro siglo. Sin embargo, alcanzar esas respuestas a este inmenso fenómeno de vertiginoso cambio es algo que en este momento supera las posibilidades formales de este capítulo y mi actual capacidad analítica.



## **INSTITUCIONES DE DERECHO AMBIENTAL**

# LAS INSTITUCIONES AMBIENTALES GUBERNAMENTALES

Marta Susana Juliá<sup>1</sup>

**Resumen:** el estudio de las instituciones ambientales gubernamentales plantea la necesidad de conocer su origen y desarrollo en el contexto histórico, político y temático de la región latinoamericana. Ello permite comprender su conformación, los modelos ensayados, las problemáticas que han enfrentado a través del tiempo y como se fueron delineando las que hoy denominamos instituciones propiamente ambientales. Algunos de los principales problemas asociados a las políticas, las normas y las administraciones que le otorgan un perfil propio y la necesidad de profundizar en sus acciones, actividades y en el conocimiento de estas instituciones ambientales. Esta aproximación destaca los principales antecedentes, las problemáticas que abordan y tanto las expresiones como los modelos utilizados en las distintas jurisdicciones en Argentina.

**Palabras claves:** instituciones ambientales- política ambiental- derecho ambiental.

## 1. INTRODUCCIÓN

Los problemas ambientales actuales demandan la atención de los diferentes actores tanto públicos como privados, ya que se difunden y reclaman una diversidad de situaciones conflictivas sobre las que se requiere atención, análisis y respuesta.

Las instituciones ambientales gubernamentales conforman el espacio a través del cual el estado formaliza su lugar para dar respuesta a dichos problemas. Los espacios hoy pueden identificarse fácilmente en la estructura administrativa del Estado y encuentran una ubicación, ciertas atribuciones y competencia que no son tan sencillas de conocer.

La variedad de organismos ambientales, de temáticas que atienden en el marco de sus competencias, las atribuciones con que cuentan y los modelos jurídicos, político e institucionales existente hacen necesario profundizar y describir la situación actual.

Es por ello, que nos parece importante estudiar estas instituciones ambientales gubernamentales desde sus inicios, las modalidades como se han configurado en la región, que responden a un proceso no tan lejano, cuya referencia nos remonta a la reunión de 1972 en Estocolmo, sobre medio ambiente humano.

El desarrollo de la temática ambiental ha sido tan importante, en los últimos treinta años operados en verdaderos procesos jurídicos, políticos e institucionales, en los diferentes países. En cada lugar con sus particularidades, creando las áreas, sus normas, sus administraciones y formulando y ejecutando políticas en la problemática que responden a la complejidad de los temas que deben abordar.

Ante la situación existente nos planteamos presentar en primer término el origen, estudio y desarrollo de las instituciones ambientales en América Latina como marco regional de la materia.

En segundo término caracterizar las instituciones propiamente ambientales o netamente ambientales, su conceptualización, alcance y el desarrollo que han alcanzado como espacios en la administración del estado, su jerarquía, los problemas que enfrentan, entre otros aspectos. En tercer término, presentar el desarrollo de las instituciones propiamente ambientales en Argentina.

Todo ello nos permite realizar algunas reflexiones sobre la importancia del estudio y profundización de estas instituciones teniendo en cuenta su proyección a futuro.

---

<sup>1</sup> Filiación institucional Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

## **2. EL ORIGEN, ESTUDIO Y DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES AMBIENTALES**

Para conocer el origen, el estudio y el análisis de las instituciones ambientales gubernamentales, también denominadas instituciones públicas ambientales, nos planteamos algunas preguntas sobre las mismas: qué entendemos y cómo definimos a estos espacios ambientales y como surge su creación e implementación en el sector gubernamental en la región.

En las preguntas estamos entendiendo que América Latina presenta contextos históricos, políticos y jurídicos similares donde se manifiestan.

Como punto de partida, para su comprensión, podemos considerar que el desarrollo del conocimiento de los problemas ambientales y su difusión a nivel global generó múltiples procesos de toma de conciencia e incorporación de la temática ambiental, en los diferentes sectores y actores de la realidad social.

Los problemas ambientales, su conocimiento, la presencia en el territorio y la necesidad de atenderlos por parte de los sectores gubernamentales impusieron la necesidad de crear e incorporar en la organización administrativa del estado los espacios adecuados para esta problemática.

Este proceso de inclusión de espacios ambientales ha requerido adecuar instituciones y sectores de la administración pública para hacer frente al tema<sup>1</sup>.

Si observamos el origen, la primera gran discusión global sobre medio ambiente humano se produce en 1972 sellando la incorporación del ambiente al escenario internacional y la identificación, análisis y preocupación por los principales problemas por parte de los Estados sobre la temática<sup>1</sup>.

Con posterioridad a la reunión de Estocolmo y antes de la reunión de Río de Janeiro, nos encontramos con otro escenario político jurídico e institucional ya que los estados comienzan a dictar leyes de contenido ambiental y se institucionaliza la dimensión ambiental, se reconoce su incorporación y el avance en los distintos sectores de la sociedad y particularmente en las áreas gubernamentales.

Algunos Estados incorporan el derecho al ambiente en sus constituciones, crean leyes generales de ambiente, dictan leyes sectoriales con contenido ambiental, crean instituciones que van a tener la responsabilidad de ejecutar las nuevas leyes y quiénes deberán aplicarlas<sup>1</sup>. Los estados insertan en su estructura jurídica e institucional importantes cambios y todo ello genera un impacto en el sistema jurídico, en el material normativo y en el ámbito de la disciplina jurídica<sup>1</sup>.

La dimensión ambiental hace referencia a una temática o materia que invade todas las áreas y sectores del derecho problematizando sus campos de estudio y forzando su propio espacio: a partir de su presencia se habla de derecho ambiental, de legislación ambiental, de gestión ambiental y existe un material normativo nuevo que irrumpe en los sistemas jurídicos de los países.

En el análisis realizado por Brañes menciona que “a partir de 1972, se inició por doquier un proceso de institucionalización de la gestión ambiental, o de cambios donde existía este tipo de gestión, que trajo consigo importantes modificaciones en las políticas públicas y en los propios sistemas jurídicos”<sup>1</sup>.

Este proceso puede observarse claramente cuando en el análisis regional se dice que “En efecto, entre 1972 y 1999, 16 de los 20 países de la región se han dado nuevas Constituciones Políticas, que de diversas maneras han procurado incorporar las modernas preocupaciones de la sociedad latinoamericana”<sup>1</sup>.

El primer paso fue el reconocimiento constitucional del derecho al ambiente y fue incorporándose gradualmente en los diferentes sectores y “esta situación cambió de manera radical en la década de los años 1990.

En efecto, las exigencias de una gestión ambiental integral fue conduciendo a la creación de Ministerios o Secretarías de Medio Ambiente o el reforzamiento de los existentes, en la búsqueda de un sistema administrativo que permitiera controlar los elementos ambientales que influyen de manera efectiva y directa en el manejo sostenible de los ecosistemas.

En este aspecto, basta decir que dieciocho de los veinte países de la región contaban, al concluir la década, con un Ministerio o una Secretaría de Medio Ambiente. Pero, bajo esta denominación existen organismos que son diversos entre sí. Por otra parte, la situación sigue siendo fluida y no exenta de retrocesos”<sup>1</sup>.

En América Latina y el Caribe, la Cumbre para la Tierra de 1992 representó un importante impulso para la protección ambiental, la creación de legislación e institucionalidad ambiental y la construcción de los primeros instrumentos de gestión ambiental para la sostenibilidad (Naciones Unidas, 2010)<sup>1</sup>.

Es innegable que en América Latina en general y en Argentina en particular se ha desarrollado un proceso de institucionalización de la temática ambiental en las últimas décadas.

Se manifiesta que “pese a que la institucionalización puede ser vista, en algunos como positiva, (el propósito es la conservación medioambiental) es necesario atender al proceso por el cual estas instituciones inscriben y naturalizan ciertos discursos, ya que al tiempo que proponen alternativas para la protección medioambiental, excluyen otras posibilidades, privilegian a ciertos actores y marginan a otros”<sup>1</sup>.

Aspirar a la conservación o protección del ambiente no garantiza compartir los objetivos y las modalidades que se formulan para lograrlos.

En un panorama actual se puede afirmar que por una parte, los derechos y deberes sobre el medio ambiente se encuentran consagrados en la mayoría de las constituciones políticas de los países de América Latina y el Caribe.

Asimismo, todos los países de la región cuentan actualmente con un ministerio, secretaría o equivalente dedicado al medio ambiente y la mayoría han dictado leyes generales o marco sobre el medio ambiente, algunas de las cuales ya han sido objeto de procesos de reforma<sup>1</sup>

Los países incorporan en sus sistemas políticos, jurídicos e institucionales la temática ambiental avanzando en todas las áreas desde la generación de espacios que antes no existían, reforzando sectores existentes que atendieron los problemas ambientales.

En la medida que se intensificó la demanda en la resolución o atención de estos temas como en la intervención del estado fueron creciendo y consolidándose espacios de distinta jerarquía. Para tener una aproximación del avance que ha tenido la temática en cada país se pueden considerar un conjunto de indicadores a observar como las leyes de creación de nuevos organismos, los espacios institucionales, las misiones y funciones, la asignación presupuestaria, la cantidad de recursos humanos y materiales, entre otros.

Una vez conformado el espacio ambiental en el sistema, teniendo en cuenta la jerarquía asignada, sea un ministerio, secretaría, dirección y con la dotación de recursos apropiada, nos encontramos frente a un área ambiental.

En el área ambiental se producen las tensiones con las zonas grises del sistema, los espacios cercanos, linderos y comunes con otras áreas que manejan recursos, actividades y elementos muy cercanos a la temática ambiental.

El diagnóstico actual puede resumirse en que la dimensión ambiental se ha incorporado en los sectores gubernamentales de los países latinoamericanos con una invasión en los distintos sectores de la administración pública.

Se ha incorporado, en sus distintas funciones (legislativa, ejecutiva y judicial) y en los diversos sectores de gobierno (nacionales, provinciales y municipales).

Es por estos motivos que los gobiernos se han convertido en uno de los principales actores en esta materia, esta situación ha incrementado su responsabilidad y ha convertido a la



administración pública en un actor preponderante ante el conjunto de hechos que caen bajo su radio de acción.

Las demandas de la sociedad motivaron, entre otros aspectos, acciones cada vez mayores por parte del estado.

De esta manera, la dimensión ambiental se incorpora en la estructura del Estado en determinadas condiciones históricas, políticas y jurídicas que es importante reconocer para comprender la situación e importancia actual de las mismas.

Se puede afirmar la existencia de una gestión ambiental gubernamental que en distintas instancias de ejecución desarrollan los gobiernos de la región con políticas, legislación y administración ambientales que están en expansión.

De todas maneras no pueda diagnosticarse una reducción en las variables que indican el deterioro de los ambientes naturales de la región y de los principales problemas ambientales que se identifican.

Con variadas experiencias institucionales como la creación de Ministerios de gran envergadura, direcciones específicas, refuerzo de organismos preexistentes, innovando con nuevas figuras, no hay recetas para hacer frente desde lo institucional a los nuevos problemas ambientales que enfrentaron los países en las últimas décadas<sup>1</sup>.

En la literatura latinoamericana referida a políticas ambientales, suele afirmarse tanto el notable aumento de normativas e instituciones propiamente ecológicas o ambientales, como así también cierta ineficacia de las mismas a la hora de lograr concretamente la protección y conservación ambiental<sup>1</sup>.

Los marcos normativos han presentado iguales características desde la creación de leyes marcos y orgánicas del ambiente con una reglamentación minuciosa hasta las modalidades de dispersión normativa con leyes generales y sectoriales para regular los problemas.

No han variado los resultados en cuanto a las dificultades y obstáculos que ha tenido que enfrentar la legislación ambiental y los que deben aplicarlas o ejecutarlas.

Las administraciones han avanzado en los espacios asignados y de acuerdo a los presupuestos, personal y elementos con que cuentan en el abordaje de los principales problemas con una serie de particularidades que vamos a destacar las de mayor generalidad y que involucra a las administraciones en los distintos países.

### **3. LAS INSTITUCIONES PROPIAMENTE AMBIENTALES**

Las instituciones ambientales en el ámbito gubernamental nos remiten a que los estados, en sus diferentes niveles de gobierno, desde hace aproximadamente 30 años comenzaron, en su gran mayoría, a prestar atención a los problemas ambientales.

La creación de espacios propiamente ambientales en cada jurisdicción se ha hecho frecuente. Tales espacios han venido a conformar verdaderas instituciones formales encargadas de gestionar, desde un único centro, los diversos problemas ambientales, constituyendo campos oportunos para la acción social y política<sup>1</sup>.

La presencia del espacio asignado legalmente para atender estos problemas nos sitúa frente a las instituciones denominadas netamente o propiamente ambientales o simplemente instituciones ambientales.

Una tarea que consideramos de relevancia teórica, ha sido detectar y describir el uso del concepto de institución e institucionalización ambiental en la bibliografía ambiental. Para ello, hemos tomado en cuenta la temática de la gestión ambiental con sus componentes: política, derecho y administración ambiental y las relativas a la inserción de lo ambiental en la estructura del estado o en la gestión pública<sup>1</sup>.

El tratamiento dado en la materia ambiental, particularmente vinculada a los contextos sociopolíticos en los que se inserta la dimensión ambiental y a la labor del campo jurídico,

permite observar la utilización, el alcance y significado que otorgan los principales autores a los conceptos centrales que son objeto de estudio.

En muchos casos los autores que tratan la problemática ambiental hacen referencia a las instituciones ambientales sin preguntarse el concepto o definición de institución que utilizan, y sin explicitar el sentido que le otorgan.

El uso del concepto de institución ambiental y las alusiones al desarrollo institucional ambiental existente en los análisis y comentarios sobre la materia, dan por sentado por lo menos tres aspectos que deseamos destacar:

- el primer aspecto es que existen instituciones ambientales,
- el segundo es que se presentan como claramente reconocibles por los autores y
- el tercero, es que se efectúan aseveraciones acerca de las mismas asignándoles calificativos relativos a sus desarrollos y estado de situación.

En el estudio tanto de las instituciones ambientales como en el proceso y desarrollo de la institucionalización de la temática ambiental se hace necesario integrar miradas y visiones, a los efectos del análisis y especificar el uso de los conceptos, los alcances y los significados que utilizamos en la materia.

En este sentido, entendemos por institución ambiental a aquellas organizaciones públicas formales destinadas a adquirir estabilidad en el tiempo y a gestionar la problemática ambiental de una determinada jurisdicción, conformadas por una variedad de actores, regidas por un determinado marco legal, y situadas en relación a determinados contextos sociales, históricos, políticos y económicos<sup>1</sup>.

Otra noción de institución ambiental la considera como aquellos fenómenos eco-sociales caracterizados por constituir verdaderos patrones de conducta habituales y estables, no necesariamente expresados mediante estructuras formales, y que encarnan valores relativos a la protección del medio ambiente y a la armonización de la relación del hombre con su entorno.

Asimismo, el proceso de institucionalización surge como aquel que se desenvuelve en diferentes etapas y momentos durante la formulación e implementación de las políticas y por el cual se produce la incorporación del tema ambiental en la agenda política gubernamental.

Por otro lado, el denominado “desarrollo institucional ambiental”, ya sea entendiendo a las instituciones en su sentido formal, en tanto organizaciones públicas encargadas de gestionar las cuestiones ambientales, o informal en cuanto patrones de conducta estables y duraderos, será deseable en términos de avance o mejora en aspectos específicamente ambientales.

En este sentido, la presencia de instituciones ambientales gubernamentales se visualiza en todas las jurisdicciones provinciales en Argentina diferenciándose en algunas características de su creación e implementación como: las jurisdicciones que han dictado su ley general de ambiente; las que han creado organismos ambientales a partir de su ley general de ambiente; los que han creado organismos ambientales por ley; los que han creado organismos por otros instrumentos legales y otras particularidades.

El análisis de las particularidades de las instituciones ambientales gubernamentales nos han ayudado a perfilar diferentes tipos de modelos institucionales llamados a identificar una determinada forma de institucionalizar el tema ambiental en las jurisdicciones en nuestro país.

Los modelos que se plantearon son los siguientes:

a- Modelo netamente ambiental: comprende aquellos organismos de mayor jerarquía en las administraciones que se encuentran representados en la creación de ministerios y secretarías de estado para atender la temática ambiental;

b- Modelos con menor jerarquía y dependencia funcional de ministerios de objeto compartido, comprenden aquellos organismos que no tienen ni rango de ministerio ni secretaría de estado y que dependen de ministerios donde la temática ambiental se encuentra asociada a otros temas;

c- Modelos con menor jerarquía y dependencia funcional de ministerios con otra temática, comprende aquellos organismos que no tienen rango de ministerio ni de secretaría de estado y

que dependen de ministerios que se ocupan de otras temáticas como producción, economía, etc.

d- Modelo no estructurado en organismos tradicionales, el modelo seleccionado no se encuentra comprendido en la estructura tradicional del estado.<sup>1</sup>

La institucionalidad ambiental así entendida implica el lugar de encuentro entre el campo jurídico con su discurso ambiental, cuya máxima expresión se encuentra en el Art. 41 de la CN, y el espacio político en el que se desenvuelven las diferentes instituciones estatales de gestión.

Este punto de encuentro representa un espacio específico diferente de sus concurrentes y dotado de sus propias reglas y características.

El encuentro mencionado se produce desde la formulación hasta la ejecución en el ciclo de las políticas y se pueden considerar en diferentes momentos.

Por una parte nos permite comenzar a vislumbrar el impacto producido por el nuevo orden ambiental y el desarrollo del sub-campo jurídico-ambiental en las administraciones públicas de cada jurisdicción.

Evidentemente, ejecutar políticas significa establecer y aplicar normas las que regulan numerosas temáticas, involucran situaciones jurídicas diversas, donde existen un sinnúmero de conflictos de intereses.

Se agudizan los conflictos cuando no existe coordinación en las políticas o no hay criterios uniformes de los rumbos y definiciones que tiene la política nacional de desarrollo.

En algunos casos el área ambiental se convierte en un organismo marginal que participa poco o nada en las principales decisiones de la política del país porque se considera que interfiere en el desarrollo, que limita o presiona en las políticas prioritarias.

Las instituciones ambientales deben coordinar y relacionarse con numerosos organismos que tienen temáticas directamente relacionadas al ambiente o a sus elementos como por ejemplo: los recursos hídricos, la minería, la agricultura, la industria, la energía, entre otros.

Nuevamente aparecen los problemas de límites de la temática cuando un problema agrícola, minero, industrial se convierte en un problema ambiental, es allí donde las políticas confluyen en las políticas de desarrollo que deben delinear el rumbo del país.

Todo ello implica que “lo ambiental” no es tan claro como parece.

Las demandas sociales neutralizan la situación descrita anteriormente ya que pasan a ser las protagonistas en el reclamo de la acción del estado en la atención y resolución de problemas ambientales, adquiriendo relevancia los desarrollos técnicos y administrativos de las áreas que van a dar respuestas a los reclamos.

Irrumpen nuevas demandas en materia de acceso a la información a la justicia a las que las administraciones deben dar respuesta, organizar sus instituciones, actualizar sus políticas para dar transparencia a la gestión y viabilizar las formas para que el ciudadano pueda acceder a la información y a la justicia también en esta materia.

Los sectores ambientales deben ganarse el respeto del conjunto de la administración, de la ciudadanía, de las empresas, de otros sectores que se ven incluidos en los conflictos o problemas que enfrentan.

Inclusive en las áreas que deben auxiliar a los organismos públicos como son las fuerzas de seguridad y la justicia ya que se enfrentan a la necesidad de contar con efectivos en controles, ordenes de allanamiento en término, personal de apoyo que esté formado, entre otros.

La tarea de instalar la temática ambiental en el rango actual institucional, político y administrativo ha sido una tarea compleja y rápida si uno la compara con otras temáticas.

En pocas décadas se ha incrementado la percepción de los problemas y la importancia del tema pero es incipiente el abordaje y la resolución de conflictos donde se priorice la visión ambiental.

Aparece y se instala la tarea de consolidar la visión ambiental en la resolución de los conflictos tiene un importante labor teórica donde el derecho y un conjunto de disciplinas sociales deben

conformar una cultura ambiental.

Ello es lo suficientemente importante para que se otorguen prioridades políticas, jurídicas e institucionales e incidan en las vías de resolución formales como son la administración pública y la administración de justicia.

#### **4. LAS INSTITUCIONES PROPIAMENTE AMBIENTALES EN ARGENTINA**

La primera institución ambiental a nivel nacional fue creada en 1973, en el gobierno de Juan D. Perón y estuvo a cargo de Yolanda Ortiz, que conforma el primer espacio institucional ambiental nacional.

El origen y desarrollo institucional ambiental en Argentina se configura a partir de la recuperación de la democracia donde los sectores gubernamentales inician la incorporación de los espacios destinados a atender problemas ambientales en sus estructuras administrativas.

Como se configura el entramado institucional gubernamental en materia ambiental en Argentina nos permite observar el proceso histórico, político e institucional, con sus particularidades y especificaciones de acuerdo al territorio o región en la que lo analicemos.

Si bien no todas las provincias han dictado su ley general de ambiente y la nación lo hizo recién en 2002, consideramos que la decisión de dictar las leyes generales permitió formular políticas y crear instituciones consolidando la gestión pública ambiental en el territorio.

De tal modo, de las veinticuatro (24) jurisdicciones provinciales (incluyendo la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), dieciocho (18) han dictado su Ley General Ambiental. Sólo una (1), Córdoba, lo hizo en la década del '80 (1985), tres (3) los hicieron luego del año 2000, y las catorce (14) restantes promulgaron sus normas durante los '90.

Por organismos “propiamente ambientales” se hace referencia a aquellos específica y explícitamente dedicados a “lo ambiental”, “lo ecológico” o a la promoción del “desarrollo sustentable”, por oposición a aquellos que tienen por objeto el manejo de recursos naturales en general, o de recursos en particular (como aguas, bosques, etc.).

Las provincias no siempre mantienen su modelo institucional sino que los mismos cambian en el tiempo. De acuerdo a cada gestión se van a jerarquizar o no las áreas según las prioridades establecidas en cada Gobierno.

Los modelos de la gestión iniciados en 2007 y las administraciones que han jerarquizado la problemática representan un porcentaje importante de las gestiones públicas ambientales en Argentina hasta 2009. El 48 % de las jurisdicciones provinciales han jerarquizado sus organismos durante las gestiones gubernamentales hasta 2009.

La modalidad seleccionada en nueve de ellas, para jerarquizar el área, es a través de organismos netamente ambientales, dos con organismos no tradicionales y una que ascendió su jerarquía dentro del ámbito de la dependencia de ministerios de objeto compartido<sup>1</sup>.

La gestión pública del ambiente y las acciones que desarrollan las instituciones ambientales en el territorio enfrentan problemáticas complejas, diversas y cuya visibilidad obedece a múltiples factores que generan situaciones diferentes en cada región, de acuerdo a la relación de la sociedad con su ambiente y la percepción que tiene sobre sus problemas.

Algunos problemas ambientales emergen en un momento histórico o se instalan en el centro del debate de una sociedad y demandan su comprensión integral.

Para Morán implica que para “entender el contexto ambiental y cultural exige tener en claro qué conciben las personas como problemas ambientales, cuales son las metas y valores que asignan a ellos y a los procesos de decisión ambiental, cual es el conocimiento común y especializado sobre los problemas ambientales y esquemas institucionales desde donde se los enfoca”(Morán, 1998).

Las instituciones ambientales enfrentan cotidianamente problemas ambientales numerosos y diversos, su competencia y atribuciones en muchos casos son amplias e incluyen muchas materias a tratar.

En el conjunto de las temáticas que gestionan algunas se transforman en conflictos ambientales que deben abordarse y resolverse en el marco de las propias administraciones provinciales como vía de resolución de los mismos y en algunos casos en instancias judiciales.

Las competencias de las instituciones en materia ambiental se definen en cada gestión asignándose atribuciones que históricamente se han incluido en las áreas ambientales o mediante la incorporación de nuevas temáticas.

Se pueden destacar que los modelos ensayados responden a concentrar lo ambiental como objeto y su jerarquización en el tiempo, centrándose en la materia ambiental y de desarrollo sustentable, sea en organismos tradicionales o no, compartiendo el objeto con otras temáticas y en muy pocos casos en formas de organismos de coordinación de políticas.

Las competencias se evidencian en los nuevos marcos normativos o las leyes que se van incorporando al sistema. Esas leyes tienen como autoridad de aplicación a las instituciones existentes, que son quienes tienen la responsabilidad de ejecutar las políticas establecidas, generando sus instrumentos para implementar las acciones que las políticas fijadas demanda.

La creación de instituciones propiamente ambientales genera el surgimiento de conflictos y tensiones tanto con aquellas áreas dedicadas tradicionalmente a la explotación de recursos naturales, como las orientadas a la gestión de actividades productivas y al manejo económico y financiero de la jurisdicción que se trate.

## **5. REFLEXIONES FINALES**

Hoy tenemos en los distintos niveles y sectores instituciones propiamente ambientales y otros espacios asignados a atender temas vinculados al ambiente como por ejemplo agricultura, minería, industria, energía, etc.

Cada sector o actividad y el sector de la administración que ejecuta la política sectorial conforma una institución que podemos nominarla de relevancia ambiental y que están íntimamente vinculadas.

La definición de los espacios institucionales sean propiamente ambientales o de relevancia ambiental están vinculados al concepto de ambiente que se considera y a la política del estado que distribuye y asigna las funciones a los fines de ejecutar la política.

Las instituciones y su configuración en sí misma nos permite comprender los espacios, materias, objetivos y funciones que tiene sobre el área de su competencia y el territorio en el que lo desarrollan.

Cada institución ambiental o de relevancia ambiental le otorga un perfil propio a la gestión que se desarrolla, el cual depende de numerosas variables tanto estructurales como no estructurales, de manera directa o indirecta las condicionan o motivan su actuación.

Así las políticas generales y los compromisos del estado fijan el marco o estructura desde el cual se implementan las políticas y a las que se condiciona su diseño y ejecución.

Una política institucional forma parte de un entramado de políticas que se encuentran íntimamente vinculadas y suponen el estudio y profundización a partir de distintas perspectivas o visiones, que consideramos de gran trascendencia para el desarrollo teórico y metodológico de esta materia.

# DAÑO AMBIENTAL Y GENERACIONES FUTURAS

Santiago Truccone Borgogno<sup>1</sup>

**Resumen:** El argumento que afirma que es incorrecto deteriorar al ambiente porque producirá consecuencias negativas en las generaciones futuras es uno de los más usuales esgrimidos no sólo por ambientalistas, sino también por diferentes teóricos del derecho que están preocupados por su preservación. En este trabajo se intentará analizar si una reformulación de la tesis contra-fáctica clásica del daño puede explicar la objeción existente al obrar de la generación presente cuando sus actos afectan al ambiente y, en consecuencia, a las generaciones futuras, incluso en los casos donde la acción que produce el efecto nocivo es, a su vez, la causa de la existencia del ser que se quiere proteger.

**Palabras Clave:** daño ambiental - problema de la no identidad - generaciones futuras.

## 1. INTRODUCCIÓN

El argumento que afirma que es incorrecto deteriorar al ambiente porque producirá consecuencias negativas en las generaciones futuras es uno de los más usualmente esgrimidos no sólo por ambientalistas, sino también por diferentes teóricos del derecho y activistas que están preocupados por su preservación<sup>2</sup>. Tanto es así que incluso se ha incorporado con la reforma de 1994 el artículo 41 al cuerpo constitucional, el cual refiere a lo que se ha llamado el núcleo duro de normas con contenido ambientalista<sup>3</sup>. Sin embargo, que sea un buen argumento depende concretamente de la posibilidad de dañar a esas generaciones futuras. En la Argentina son muchas las actividades que se han cuestionado con tal argumento. Piénsese en la extensa cantidad de tierra cultivada con soja y otras oleaginosas en la Argentina, donde el uso de agroquímicos es intensivo; los proyectos en mega-minería como el de Pascua-Lama, por ejemplo; o los proyectos de extracción de petróleo de manera no-convencional, como el emprendimiento Vaca Muerta.

Si esto es así, uno podría pensar que la tipificación penal de ciertas conductas es una buena herramienta para proteger a las generaciones futuras de los daños que puedan sufrir causados por las generaciones presentes. Aún más, si se elige tal camino, sólo el daño está habilitado como fundamento de una posible tipificación. Esto es así, porque de acuerdo a nuestro sistema, toda tipificación penal, para no merecer la tacha de inconstitucional (Art. 19) debe estar dirigida a censurar acciones que dañen o al menos puedan dañar a terceros. Por lo tanto, si tal ha de ser la estrategia debe demostrarse que, al menos conceptualmente, es posible dañar a las generaciones futuras. El inconveniente tiene lugar porque la versión más ampliamente aceptada de lo que significa que un acto ha dañado a otro no puede explicar por qué, en cierto tipo de casos, es posible dañar a las generaciones futuras.

## 2. DAÑO A LAS GENERACIONES FUTURAS

La explicación más ampliamente aceptada y extendida del daño es la propuesta por Joel Feinberg, donde A daña a B si (entre otros requisitos) A actúa de modo que un interés personal de B está en una peor condición de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba. Becario doctoral de CONICET. Magister en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Miembro del Programa de Ética y Teoría Política de la Universidad Nacional de Córdoba. [santiagotruccone@gmail.com](mailto:santiagotruccone@gmail.com)

<sup>2</sup> Así Ricardo Lorenzetti, Ricardo *Teoría del Derecho Ambiental* (Porrúa, México, 2008 p. 9); Bernd Schünemann "Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente" en: él mismo, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 206); Raúl E. Zaffaroni. *La Pachamama y el Humano*, (Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012, p.134)].

<sup>3</sup> Ricardo Lorenzetti, *Teoría del Derecho Ambiental* (Porrúa, México, p. 50)

lo hizo<sup>4</sup> Se llamará a esta aproximación *tesis comparativa contra-fáctica del daño*, o simplemente TCC.

TCC: si el acto de A hace que B está en una condición peor de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B.

La TCC es ampliamente aceptada y da la respuesta correcta en la mayoría de los casos que es posible considerar. Da la respuesta correcta en determinados casos de daños a personas futuras. Por ejemplo, imagínese a un sujeto A que coloca una bomba de relojería en un hospital maternal para que explote dentro de diez meses. Como esto es así, algunas de las personas que estén en el centro de salud cuando detone el artefacto aún no han sido siquiera concebidas. La bomba explota y como consecuencia muchos recién nacidos son heridos<sup>5</sup>. En este caso, la TCC puede justificar correctamente la censura de tal acción. Si A no hubiese colocado la bomba, los niños estarían en una mejor condición. El acto de A los ha dañado porque ha hecho que ellos estén en una peor condición de la que podrían haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo. Como esto es así, parece que tal aproximación serviría para explicar por qué situaciones como las descritas de contaminación ambiental podrían estar censuradas con fundamento en el daño que pueden producir a las generaciones futuras.

Sin embargo, la TCC encuentra serios problemas en otro tipo de casos de responsabilidad intergeneracional. Muestra de ellos son los conocidos ejemplos de Parfit<sup>6</sup> referidos al problema de la no-identidad<sup>7</sup> (en adelante NIP). Problema así denominado por él dado que de acuerdo a cuál sea la acción que se realice, la identidad de la persona resultante será diferente. Imagínese el siguiente caso:

(La Política Catastrófica)<sup>8</sup>: Como comunidad, se tiene que elegir entre dos políticas energéticas. Las dos serían completamente seguras por al menos tres siglos, pero se sabe que una causará una catástrofe en un futuro más lejano. Esta política, la política catastrófica (P.C.) supone el enterramiento de desechos nucleares bajo la modalidad de almacenamiento temporal prolongado. Esta forma de almacenamiento permite guardar los desechos de manera segura entre 100 y 300 años. Pero como estos desechos seguirán radiactivos durante miles de años, luego de ese período se producirá un escape, lo que ocasionará una catástrofe. Si se elige esta Política Catastrófica (P.C.), el nivel de vida será algo más alto en el próximo siglo. Se elige. Como resultado, hay una catástrofe muchos siglos después. Se libera una radiación que afecta a personas que nacen después del escape, a las que les hace contraer una enfermedad incurable que les hace padecer de leucemia a la edad de 40 años. Supóngase que una de las personas afectadas por el hecho se llama Hulk, quien no habría vivido si en su lugar se hubiese elegido la política segura (P.S.), la cual se desarrolla bajo la forma del almacenamiento geológico profundo.

La mayoría de las personas<sup>9</sup> piensa que la elección de la Política Catastrófica (P.C) es incorrecta. En este sentido, dado que Hulk (y otros niños como él) desarrollará leucemia a la

---

<sup>4</sup> Joel Feinberg "Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming en: él mismo, *Freedom and Fulfillment: philosophical essays*, (Princeton University Press, New Jersey, 1994 pp. 3-36, p. 6).

<sup>5</sup> He modificado el ejemplo de Joel Feinberg, *Harm to others: the moral limits of criminal law, vol. I*, (New York, Oxford University Press, 1984, p. 97).

<sup>6</sup> Quizás los más famosos sean el de la joven de 14 años y el de la política arriesgada Derek Parfit *Reasons and Persons*, (Oxford, Clarendon Press, 1984) p. 357 y 371.

<sup>7</sup> Derek Parfit ha sido quien ha denominado de este modo al problema en un manuscrito que hizo circular en 1976 *Overpopulation: Part One*. Alcanzó un desarrollo acabado, dando lugar a una profusa discusión filosófica luego de que fuera planteado en 1984 con detalle en la parte IV de su libro *Reasons and Persons*, Oxford Clarendon Press, pp. 351 y ss.

<sup>8</sup> He modificado el ejemplo de la política arriesgada de Derek Parfit, *Reasons and Persons* (Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 371).

<sup>9</sup> Dan Brock, "The Non-Identity Problem and Genetics Harms" (*Bioethics*, Vol. 9 N° ¾ 1995) pp.269-275); Jeffrey Reiman "Being Fair to the Future People: The Non-Identity Problem in the Original Position",

edad de 40 años, uno podría pensar que la incorrección de tal acción radica en que Hulk ha sido dañado. ¿Es esto realmente así? Según la TCC, en el caso en cuestión esto implicaría que, que el acto de la generación presente de elegir la P.C. ha dañado a Hulk significa que tal hecho hace que Hulk esté en una condición peor de la que podría haber estado si la generación presente no hubiese actuado como lo hizo. Efectivamente la decisión de la generación presente ocasionó que Hulk adquiriera leucemia a la edad de 40 años. Pero, ¿Lo ha dañado? Si se somete el accionar de la generación presente al test contra-fáctico utilizado por la TCC la respuesta es negativa. Hulk no está en una peor condición de la que podría estar si la generación presente no hubiera actuado como lo hizo. Si la generación presente hubiese elegido la Política Segura (P.S.), Hulk no estaría en una mejor condición. Sencillamente no existiría.

Un dato que merece ser observado es que si no se encuentra una explicación basada en el daño para esta clase de casos, otros principios de uso muy común en el derecho ambiental, como lo es el de precaución quedarían cuestionados. Según tal principio donde una actividad suponga una amenaza para el medio ambiente o la salud humana, las medidas precautorias deben tomarse incluso cuando algunas relaciones de causa y efecto no están plenamente establecidas científicamente<sup>10</sup>. Como se observa, este principio requiere que se satisfagan dos extremos: el primero es la existencia de "amenaza de daño grave o irreversible"; el segundo es que de la conducta se derive un daño potencial, pero donde la evaluación científica no permite precisar el riesgo con suficiente exactitud<sup>11</sup>. Sin embargo, como en los casos atravesados por el NIP se haga lo que se haga, parece que los sujetos que vivirán en el futuro no podrían estar en una mejor condición, y por tanto no pueden ser dañados, el principio de precaución deviene inutilizable. Tal principio sólo exime de la prueba respecto de la relación causal entre la acción y un determinado resultado. Si el resultado no puede definirse como daño, no se ha solucionado el problema.

El NIP entendido en términos de daños, implicados en la TCC, a las personas futuras es el siguiente:

- P1: si el acto de A hace que B está en una condición peor de la que podría haber estado si A no hubiese actuado como lo hizo, entonces el acto de A daña a B
- P2: El acto de la generación presente de elegir la P.C. en lugar de elegir la P.S. no hace que Hulk (y otros como él) esté peor de lo que podría estar si la generación presente no hubiese actuado como lo hizo
- C: Como el acto de la generación presente de elegir la P.C no hace que Hulk este en una peor condición de la que podría haber estado si la generación presente no hubiese actuado como lo hizo, entonces su acto no daña a Hulk.

C es la conclusión que se quiere evitar, por tanto se la llamará *Conclusión Evitable*, o simplemente CE. Para hacerlo o se debe rechazar P1 o se debe rechazar P2. Dado que, cada persona surge de un óvulo y un espermatozoide concreto, y lo que se ha llamado *la precariedad de la existencia*<sup>12</sup>, P2 parece difícil de negar. Si esto es así, Hulk no podría haber vivido sin contraer leucemia. Podría haber nacido, en su lugar, otra persona. Como esto es así, las posibles soluciones pueden ser dos, o bien se reemplaza la línea de base sobre la cual se realiza la

---

(Philosophy & Public Affairs, 35 N°.1, 2007); Lukas Meyer, "Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm" in Meyer, L. –Paulson, S & Pogge T. *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, (Oxford University Press, pp.143-159, 2003); Axel Gosseries "On Future Generations' Future Rights", (*The Journal of Political Philosophy*, Vol. 16, N. 4, 2008, pp. 446-474).

<sup>10</sup> Ben Bradley, "Doing Away with Harm", (*Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXXV No. 2, September 2012, pp. 390-412, p. 390).

<sup>11</sup> Ricardo Lorenzetti, *Teoría del Derecho Ambiental* (Porrúa, México, p.88).

<sup>12</sup> Esto es, la pequeña probabilidad que existe en que un espermatozoide fecunde al óvulo particular respecto del cual alguien adquiere existencia, y la gran probabilidad de que esto no haya ocurrido y por tanto esa misma persona no exista. (Gregory Kavka "The paradox of future Individuals" *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 11, N° 2, 1982, pp. 93-112, p. 93).



comparación; o bien se abandona la explicación comparativa. Ha habido varios intentos que han elegido tanto uno<sup>13</sup> como el otro<sup>14</sup> camino, sin embargo ellos tropiezan con algunos inconvenientes no sólo al intentar resolver el problema de la no identidad, sino también en otra clase de casos. En este trabajo se argumentará que una simple reformulación de la tesis contra-fáctica del daño puede dar respuesta al inconveniente.

### 3. REFORMULACIÓN DE LA TESIS CONTRA-FÁCTICA

Un modo de reformular la TCC ha sido propuesta por J. Thomson. Su propuesta descansa sobre la observación de que el comparativismo contra-fáctico no necesita preguntarse en cómo hubiesen sido las cosas para la víctima si no le hubiese pasado lo que pasó.<sup>15</sup> Sino sólo necesita analizar qué es aquello que la acción del agente previno que ocurra en la víctima. La tesis de Thomson, dado que es también una explicación comparativa contra-fáctica se llamará *tesis comparativa contra-fáctica 2* o TCC2:

TCC2: Si B está en un estado E tal que:

A causó que B esté en E, y para algún estado E\*:

- i. A previno que B esté en E\* por el mismo medio por el cual A causó que B esté en E, y
- ii. B está en una peor condición en un sentido por estar en E de lo que podría haber estado si hubiese estado en E\*

Entonces A daña a B.

¿Puede la TCC2 explicar por qué la generación presente ha dañado a Hulk? Para responder a esta pregunta se debe notar que tal caso, al igual que la mayoría de las situaciones de daños ambientales, involucran al NIP sólo *indirectamente*: es decir, una elección tiene consecuencias que inician un complejo de cadenas de eventos que eventualmente tienen un igual efecto decisivo sobre quienes serán las personas particulares que existirán luego de que la elección es hecha<sup>16</sup>.

¿Cómo opera la TCC2 en tales situaciones? Según Thomson en esta clase de casos la adopción de la P.C. dispara al menos dos procesos causales diferentes. Uno que va hacia el nacimiento de Hulk (y otros niños); el otro hacia la adquisición de Hulk de leucemia por la catástrofe producida siglos después<sup>17</sup>. Elegir la P.C., en primer lugar, ha provocado una cadena causal cuyo resultado fue que Hulk exista por el mismo medio que previno su inexistencia. En segundo lugar, dado que se está hablando de dos cadenas causales diferentes, es posible afirmar que respecto de la segunda, elegir la P.C. produjo que Hulk tenga leucemia por el mismo medio que previno que sea saludable, de manera que él ha sido dañado. Si esta explicación es aceptable, la TCC2 puede explicar por qué se ha dañado a las personas futuras en casos que indirectamente implican NIP.

---

<sup>13</sup> Un intento de modificar la línea de base respecto de la cual se hace la comparación es el de Melinda Roberts, "The non-identity problem and the two Envelope problem: When is One act Better for a Person than Another?", En M. Roberts & D. Wasserman (Ed.) *Harming Future Peoples: Ethics, Genetics and the Non Identity Problem*, (New York, Springer, 2009 pp. 201-228).

<sup>14</sup> Los dos intentos no-comparativos más interesantes son los de Seana Shiffrin "Wrongful Life, procreative responsibility and the significance of harm", (*Legal Theory*, Vol. 5, (1999) Cambridge University Press, pp.117-148) y Elizabeth Harman "Can we harm and benefit in creating?", (*Philosophical Perspectives*, 18, Ethics, 2004, pp.89-113).

<sup>15</sup> Judith J. Thomson, "More on the Metaphysics of Harm" (*Philosophy and Phenomenical Research*, Vol. LXXXII, N°. 2, 2011, pp. 436-458,p. 448).

<sup>16</sup> David Boonin, *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*, (Oxford University Press 2014, p. 5).

<sup>17</sup> Judith J. Thomson, "More on the Metaphysics of Harm" (*Philosophy and Phenomenical Research*, Vol. LXXXII, N°. 2, 2011, pp. 436-458,p. 453).

#### 4. LÍMITES DE LA PROPUESTA

Sin embargo, junto a aquellos que indirectamente involucran el NIP, están aquellos casos que lo implican *directamente*. En éstos una acción genera sólo un curso causal que produce dos (o más consecuencias): una buena, que nazca algún ser; y una mala, que tenga alguna discapacidad o enfermedad. El ejemplo típico de esta clase de casos sería el siguiente:

(Moni y Paola): una mujer, Moni, decide concebir a un niño. Ella concurre al médico para realizarse un chequeo. El médico le dice que tiene dos noticias para contarle, una buena y una mala. La mala noticia es que si Moni concibe ahora su niño tendrá una discapacidad. Tal discapacidad tendrá un impacto negativo en la calidad de vida del niño, aunque sin embargo no es tan grave para hacer de la vida del niño una tan mala que no valga la pena ser vivida. Supóngase, por ejemplo, que el niño quedará ciego a la edad de 10 (diez) años. La buena noticia es que Moni puede prevenir tal discapacidad tomando una píldora todos los días durante los próximos dos meses. Si ella lo hace, y concibe dentro de dos meses, su niño será perfectamente saludable. Moni piensa que tomar la píldora por dos meses es ligeramente inconveniente para ella, por lo que decide concebir ahora. Como resultado nace Paola quien queda ciega a la edad de 10 años.

¿Puede la TCC2 explicar por qué Moni ha dañado a Paola? Desafortunadamente, creo que la respuesta es negativa. Judith Thomson en su defensa de la TCC3 afirma que en casos de tal tipo, Moni ha dañado a Paola porque ella podría haberla concebido en el mismo momento en que lo hizo y luego congelar el embrión o implantarlo en una madre subrogada antes de que el feto se infecte<sup>18</sup>. Y dado que de ese modo Paola tendría el sentido de la vista, al no realizar tal procedimiento, ella ha sido dañada. Al no congelar el embrión, Moni previno que Paola tenga el sentido de la vista por el mismo medio que hizo que sea ciega a la edad de 10 años. Creo que esta respuesta da la solución satisfactoria a costa eludir al NIP. Si era posible realizar lo que Thomson argumenta, entonces no es cierto que la concepción cause que Paola sea ciega a la edad de 10 años. Si era posible congelar el embrión o implantarlo en una madre subrogada para evitar la ceguera, entonces lo que la causó es algo posterior a la concepción. Por tanto no es un caso donde el NIP se manifieste.

Creo que existe una posibilidad interesante para resolver el inconveniente, la cual consiste en una lectura diferente de la tesis de Thomson. En lugar de aquella uno podría entender de forma diferente a E\* no como un estado en el que podría haber estado B, sino como uno en el que *debería* haber estado B. Si esto es así, entonces, podría afirmarse que el acto de Moni de concebir a Paola causó que ella esté en un estado E por el mismo medio que previno que esté en E\*. Y, como estar en E es peor que estar en E\*, Moni ha dañado a Paola. Si un entendimiento de tal tipo puede ser defendido, entonces se ha encontrado una respuesta que explica por qué las acciones presentes pueden dañar a las generaciones futuras tanto en los casos que *indirectamente* involucran al NIP, como los que lo hacen de manera *directa*. Sin embargo, justificar tal tesis excede los pequeños lineamientos que se han podido desarrollar aquí.

---

<sup>18</sup> Id. p. 451.

# **INSTITUCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

# CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DELIBERACIÓN POLÍTICA<sup>1</sup>

Nicolás Emanuel Olivares<sup>2</sup>

**Resumen:** Desde hace más de tres décadas la teoría democrática deliberativa ha recibido el apoyo creciente de destacados teóricos políticos (J. Rawls, J. Habermas, J. Dryzek, etc.). Tras sentar sus principales bases conceptuales, sus defensores han debatido acerca de cuáles serían los diseños institucionales que mejor se corresponderían con el principio democrático deliberativo de legitimidad. Especial atención ha recibido el mecanismo de control de constitucionalidad. Al respecto, se han propuesto tres tipos ideales de control: a) judicial moderado (J. L. Martí); b) extra-poder (R. Gargarella); y c) parlamentario (S. Linares). Este último tipo de control ha sido menos debatido que los primeros dos. Atendiendo a este marco conceptual, el presente trabajo tendrá por objetivos principales: 1) reconstruir los argumentos ofrecidos por S. Linares en defensa de un control parlamentario de constitucionalidad; y 2) ensayar ciertas objeciones contra dicha postura teórica.

**Palabras clave:** democracia deliberativa - control judicial de constitucionalidad - control parlamentario de constitucionalidad - constitucionalismo dialógico - concepción sistémica.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de tres décadas la teoría democrática deliberativa ha recibido el apoyo creciente de destacados teóricos políticos (J. Rawls, J. Habermas, J. Dryzek, etc.).<sup>3</sup>

Tras sentar sus principales bases conceptuales, sus defensores han debatido acerca de cuáles serían los diseños institucionales que mejor se corresponderían con el principio democrático deliberativo de legitimidad. Al respecto, se ha discutido acerca de cual debiera ser la distribución de poderes y funciones entre los poderes constituidos y la ciudadanía, teniendo por objeto de estudio instituciones tan variadas como: el poder de veto presidencial, los decretos-leyes, los mecanismos de democracia semi-directa, el procedimiento formal de sanción de las leyes, el control de constitucionalidad, entre otros.

Esta última institución ha merecido una especial atención por parte de los teóricos de la democracia deliberativa, siendo aquí la pregunta central a responder la siguiente: *¿cuál es el diseño institucional del mecanismo de control de constitucionalidad que promueve una mejor y mayor deliberación democrática?*

En respuesta, los deliberativistas, han intentado justificar distintos diseños de control de constitucionalidad, los cuales pueden ser clasificados en tres grandes tipos ideales, a saber: a) judicial moderado, donde el poder judicial es el encargado, ya sea mediante bajo una modalidad

---

<sup>1</sup> Agradezco a los integrantes del *Programa en Ética y Teoría Política* radicado en el CIJS-UNC por las lúcidas observaciones formuladas a una versión preliminar del presente trabajo.

<sup>2</sup> Títulos: Abogado (UNC), Profesor Universitario (UCC). Estudios en curso: Doctorando en Derecho y Cs Sc (UNC), Maestrando en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC), Becario doctoral CONICET. Labor docente: Adscripto en las asignaturas: Derecho Constitucional (UNC), y Ética (UNC). Lugar de Trabajo: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. E-mail: [olivares.nicolasmanuel@gmail.com](mailto:olivares.nicolasmanuel@gmail.com)

<sup>3</sup> Una definición estándar o mínima de la concepción democrática deliberativa señala que constituye *aquel ideal político regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las instituciones políticas depende de la existencia real de un proceso inter-subjetivo de justificación moral, en el cual todos los afectados por dicha decisión deliberan públicamente entre sí*. El concepto de democracia deliberativa se diferencia de los conceptos pluralista, elitista, y populista de democracia. En otras palabras, dichos conceptos describen ideales regulativos opuestos. A los fines de dar con una adecuada contraposición entre dichos conceptos de democracia, véase: Nino, C. S., 1997, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa. 1997, pp. 197-198. En cuanto a las definiciones del ideal democrático deliberativo brindadas por J. Rawls, J. Habermas, y J. Dryzek, véase: Rawls, J., 1996, *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia U. P.; Habermas, J., 1998, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: MIT Press.; y Dryzek, J., 2000, *Deliberative Democracy and Beyond*, Oxford: Oxford U. P.

concentrada o difusa (J. L. Martí);<sup>4</sup> b) extra-poder, en el cual se conforma una comisión de ciudadanos y se les asigna dicha función revisora (R. Gargarella);<sup>5</sup> y c) parlamentario, donde es el parlamento quien está a cargo de este mecanismo de control (S. Linares).<sup>6</sup>

Por su parte, S. Linares, en numerosos trabajos (2008a, 2008b, 2014), se ha dedicado a justificar un *control parlamentario de constitucionalidad* como diseño deliberativo ideal. No obstante la profundidad y complejidad de la obra de S. Linares, la misma no ha sido lo suficientemente debatida, lo cual la vuelve un marco fértil de discusión filosófica política.

Atendiendo a este particular marco conceptual, el presente trabajo tendrá por objetivos principales: 1) reconstruir los argumentos específicos ofrecidos por S. Linares en defensa de un control parlamentario de constitucionalidad; y 2) ensayar ciertas objeciones contra dicha postura teórica.

## 2. UN CONTROL PARLAMENTARIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Al comienzo de su argumentación S. Linares identifica el objetivo de sus críticas, a saber: la modalidad judicial robusta de control de constitucionalidad (CJC). Al respecto, el autor sostiene que "...el control judicial de las leyes, bajo una constitución rígida, significa una afrenta a los valores democráticos de autogobierno y participación ciudadana, como a los de igual dignidad y autonomía personal" (Linares, 2008a: 19-20).<sup>7</sup>

En búsqueda de una respuesta normativa precisa, S. Linares sostiene que deben distinguirse dos planos normativos de análisis, a saber: a) un plano ideal; y b) un plano no ideal.<sup>8</sup>

Por un lado, en el *plano normativo ideal*, S. Linares sostiene que cabe preguntarse acerca de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad (Linares, 2008a: 98). S. Linares considera que desde dicho plano *el Congreso debe tener la última palabra institucional*, dado que este es el que: a) desde una perspectiva igualitaria, respeta mejor el

---

<sup>4</sup> En cuanto a las obras de J. L. Martí, empleadas para la confección de este trabajo, son las siguientes: Martí, J. L., 2006, *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*. Madrid: Marcial Pons; y Martí, J. L., 11/08/2011, "Democracia y control judicial de constitucionalidad", en el II Simposio de Ética y Derecho Constitucional. Córdoba: U.N.C. Por otro lado, cabe destacar que el mecanismo de control de constitucionalidad ha sido tradicionalmente presentado bajo una modalidad judicial y vinculado con los conceptos de supremacía y rigidez constitucional. Al respecto, véase: Bayón, J. C., 2000, "Derechos, democracia y constitución", en *Revista Discusiones*, año N° 1, pp. 65-94; y Bayón, J. C., 2004, "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en J. Betegón Et Al. (eds.), *Constitución y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 67-138, pp. 132-138.

<sup>5</sup> Al respecto de la postura de R. Gargarella en materia de control de constitucionalidad, véase: Gargarella, R., 2011, *La justicia frente al gobierno Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, CEDEC, Pensamiento Jurídico Contemporáneo N° 3; Gargarella, R., (Comp.), 2014, "El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos", en *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 119-158.

<sup>6</sup> Consideramos que los principales trabajos de S. Linares en materia de control de constitucionalidad, son los siguientes: Linares, S., 2008a, *La (I)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons; Linares, S., 2008b, "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes", en *Isonomía*, n° 28, pp. 149-184; y Linares, S., 2014, "Justicia dialógica interinstitucional: de lege ferenda y de lege lata", en Gargarella, R., (Comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pp. 187-192.

<sup>7</sup> La objeción democrática de S. Linares al mecanismo de control judicial de constitucionalidad, presupone dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes, a saber: 1) la existencia de una constitución rígida; y 2) la consagración de un modelo robusto de control judicial de las leyes en el que los jueces constitucionales poseen el poder de vetar las leyes del Congreso con carácter definitivo (Linares, 2008a: 20).

<sup>8</sup> Atendiendo a la incógnita normativa ideal sobre la legitimidad democrática del CJC, S. Linares adopta dos tesis normativas: a) una concepción mixta de legitimidad política, denominada procedimentalismo débil (Linares, 2008a: 37-43); y b) una aproximación gradual ante la objeción contramayoritaria del CJC (Linares, 2008a: 147-151, 241-244).

derecho de participación y deliberación ciudadana; y b) propicia un fluido diálogo, entre instituciones, representantes y ciudadanos centrado en razones públicas (Linares, 2008a: 97).<sup>9</sup> Por el otro, en el *plano normativo no ideal* debe discutirse cuál es el uso o ejercicio correcto que de tal mecanismo debe hacerse en cada contexto político concreto (Linares, 2008a: 96-98). Desde esta *perspectiva normativa no ideal*, es decir partiendo del hecho de que existe un sistema robusto de CJC, S. Linares explicita las posibles vías mediante las cuales se puede fomentar el diálogo interorgánico.<sup>10</sup> Al respecto, S. Linares identifica cuatro vías alternativas de diálogo, tres de ellas promovidas por el Poder Judicial y una cuarta por el Poder Legislativo. La primera de dichas vías de diálogo, llamada *regla de la segunda mirada*, conforme la cual tras la declaración de inconstitucionalidad efectuada por el poder judicial se da la oportunidad al poder legislativo de que revise la normativa impugnada y la reformule o reinterprete. Esta vía de la segunda mirada legislativa puede ser dispuesta tras una declaración de inconstitucionalidad que contemple efectos inmediatos o retardados. La segunda de ellas, conocida como *ampliación de sujetos deliberantes*, contempla medidas judiciales tales como el llamado a audiencias públicas o la implementación del *amicus curiae*. La tercera de ellas, se denomina *litigio estructural*, mediante la cual las Cortes pueden entablar un diálogo continuado con las autoridades representativas, antes, durante, y después de la decisión que tomen éstas últimas. S. Linares argumenta que este canal, ejercido adecuadamente, puede cumplir con las exigencias de un genuino diálogo democrático (Linares, 2008b: 487-488). Finalmente, la cuarta vía, denominada *respuesta legislativa*, implica que ante dicha declaración de inconstitucionalidad, el poder legislativo puede aprobar una nueva ley de contenido similar o análogo (Linares, 2008a: 235-239).

### 3. EVALUACIÓN NORMATIVA

Habiendo reconstruido la postura de S. Linares (primer objetivo específico), nos abocaremos a evaluar críticamente los argumentos sobre los cuales la misma se sustenta (segundo objetivo específico), razón por la cual formularemos tres (3) objeciones normativas. Veamos entonces. En *primer lugar*, no compartimos la tesis de que sea el parlamento quien deba tener la *última palabra* institucional. En este sentido, partiendo de una perspectiva deliberativa, rechazamos aquella “...*idea ingenua...que identifica al poder político...con la idea de democracia, y así también con la idea, más inasible, de la voluntad popular*” (Gargarella, 2011: 19). En este entendimiento, la procedencia de objeciones acerca de la legitimidad democrática de uno de dichos poderes (por caso el judicial) no constituye un argumento necesario y mucho menos suficiente para justificar su encargo a alguno de los poderes restantes (ejecutivo y judicial) ni a la sociedad civil en soledad.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> S. Linares explicita el que a su juicio constituye el diseño institucional más adecuado del sistema de control de constitucionalidad, en el cual: a) está prohibido a los jueces ordinarios inferiores a la Corte Suprema declarar la invalidez de las leyes contemporáneas, pero se les permite dictar declaraciones de incompatibilidad para advertir al Poder Legislativo cuáles son los defectos morales y jurídicos que ostentan las leyes; b) la Corte Suprema es la única autoridad que tiene permitido declarar la invalidez de las leyes contemporáneas; y c) el Poder Legislativo puede invocar una cláusula de anulación para hacer prevalecer su voluntad, siempre y cuando: 1) se efectúe con posterioridad a una sentencia de inconstitucionalidad de la Corte Suprema, y 2) tras una audiencia pública en la que se expongan las razones de dicha decisión (Linares, 2008a: 233-235).

<sup>10</sup> En cuanto al plano normativo no ideal, S. Linares parte de la hipótesis empírica de que “...el control judicial de las leyes es un hecho que no podemos cambiar...” (Linares, 2008a: 98). En este sentido, es que S. Linares sostiene desde una perspectiva normativa no ideal debemos asumir que “...si vivimos bajo un sistema que recepta la revisión judicial de las leyes, algunas decisiones judiciales merecen respeto por sus resultados democráticos. Esto, según el autor “...no significa defender la institución de la revisión judicial, sólo significa que algunas decisiones judiciales, pese a no honrar el derecho de participación en pie de igualdad, resultan valiosas” (Linares, 2008a: 97-98).

<sup>11</sup> Gargarella, R., 1997: “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Isonomía*, N° 6, pp. 55-70; p. 70.

En *segundo lugar*, podríamos preguntarnos junto con C. H. Mendes,<sup>12</sup> si la pregunta por la legitimidad democrática del mecanismo de CJC se eclipsa completamente en la pregunta sobre cuál debe ser la autoridad constitucional final en una sociedad democrática. En nuestra consideración, desde una concepción democrática deliberativa, afirmar un eclipse total entre ambas incógnitas implicaría caer en un reduccionismo normativo inaceptable, atento al interior del sistema democrático deliberativo existen en realidad varios centros de imputación política con suficiente legitimidad democrática para determinar mediante la deliberación si la norma infra-constitucional se adecua o no a la constitución política vigente. Al respecto, C. H. Mendes señala que resulta falsa la tesis de la última palabra en materia de control de constitucionalidad, ya que la verdad política es siempre provisoria, y por lo tanto debe adoptarse un modelo complejo de interacción dialógica entre poderes constituidos formales (Mendes, 2009a, 2009b).

En *tercer lugar*, desde una perspectiva normativa no ideal, S. Linares señala que la objeción contramayoritaria es de mayor intensidad cuando el diseño institucional tiene mayores propensiones a invalidar leyes contemporáneas (sancionadas por la legislatura actual), y de menor intensidad cuando dichas normas no son contemporáneas (Linares, 2008a: 147-148).<sup>13</sup> Este razonamiento del autor luce a nuestro parecer sumamente controvertido y objetable por dos motivos principales.

Por un lado, la mayor o menor contemporaneidad de una norma no es indicativo de la calidad democrática del proceso discursivo previo a su sanción. Ello, atento consideramos resulta irrelevante en términos normativos, si la norma legislativa que pretende ser declarada inconstitucional, es más o menos contemporánea a la fecha de la resolución judicial.

Por el otro, desde una concepción democrática deliberativa, el criterio normativo de corrección de una norma no está dado por el número de votos agregados que ha recibido para su aprobación, sino por la razonabilidad de los argumentos e inclusividad del proceso en el cual los mismos han sido discutidos. En este sentido, S. Linares confunde constantemente dos objeciones democráticas disímiles, ambas dirigidas al CJC impuesto en el marco de una constitución rígida. Un primer tipo de objeción democrática, es la denominada *objeción contramayoritaria*, la cual partiendo de una concepción mayoritarista o agregativa de democracia señala que el CJC otorga la última palabra constitucional a un poder conformado por una minoría de personas, designado por una minoría de representantes, y preocupado fundamentalmente por la tutela de los derechos de una minoría de ciudadanos (Linares, 2008a: 147). Un segundo tipo, es la denominada *objeción dialógica*, partiendo la misma de una concepción deliberativa de democracia, sostiene que dicho mecanismo impide la promoción de un genuino diálogo entre poderes constituidos y entre los ciudadanos que integran el poder constituyente (Linares, 2008a: 301). Al respecto, si bien S. Linares adopta expresamente una concepción democrática deliberativa, a lo largo de numerosos pasajes de su obra (capítulos III-VI), se refiere expresamente a la objeción democrática como *contramayoritaria*. Con ello, S. Linares pareciera desconocer la tesis conforme la cual existen tantas objeciones democráticas al CJC como concepciones de democracia puedan identificarse.

#### 4. CONCLUSIÓN

---

<sup>12</sup> Al respecto, véase: Mendes, C. H., 2009a, "Is it all about the last word? - Deliberative separation of powers I", en *Legisprudence*, Vol. 3, N° 1, pp. 69-110; y Mendes, C. H., 2009b, "Not the last word, but dialogue - Deliberative separation of powers II", en *Legisprudence*, Vol. 3, N° 2, pp. 191-246.

<sup>13</sup> Al respecto, el sistema europeo de CJC sería más propenso a invalidar leyes contemporáneas atento admite la existencia de una *acción abstracta de inconstitucionalidad*, y el modelo americano sería menos propenso debido a que recepta una *vía recursiva* para lograr tal fin impugnatorio (Linares, 2008a: 147-148, 195-197).

En este capítulo, nos hemos propuesto los siguientes objetivos principales: 1) reconstruir los argumentos ofrecidos por S. Linares en defensa de un control parlamentario de constitucionalidad; y 2) ensayar ciertas objeciones contra dicha postura teórica.

Atento las objeciones formuladas a la propuesta teórica de S. Linares, consideramos debiera analizarse la posibilidad de implementar otro tipo de diseño ideal de control deliberativo de constitucionalidad que otorgue una mayor participación a los ciudadanos y ponga la última palabra institucional (aunque provisional) en sus manos. Dicho diseño debiera implementarse en el marco de un sistema de interacción entre poderes constituidos de tipo dialógico, y no en el marco de un sistema de frenos y contrapesos, ni de separación estricta entre poderes. En otras palabras, la democracia deliberativa debiera entenderse como un sistema de interacción dialógica entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (representantes), que este sujeto al control de constitucionalidad de los ciudadanos (representados).

Finalmente, si bien consideramos cumplidos los objetivos propuestos, el presente trabajo adhiere a una concepción epistemológica constructivista, conforme la cual la validez de las tesis aquí esgrimidas debe ser definida mediante la aplicación de un criterio intersubjetivo de corrección conceptual. Atento lo cual, su validez debe ser considerada provisional y sujeta a los resultados de aquellas deliberaciones teóricas que la tengan por objeto de evaluación.



## **JEINSEITS VON WEIMAR (MÁS ALLÁ DE WEIMAR). EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO ASEDIADO**

**Pablo Riberi**<sup>173</sup>

**RESUMEN:** Dentro del contexto histórico, por un lado, el texto explora algunas tópicas de teoría constitucional y de filosofía política. Por otro lado, el mismo ofrece una reseña de algunos de los debates constitucionales más significativos que tuvieron lugar a partir del nacimiento y desde el ocaso de la Constitución de Weimar. Sobre esa experiencia constitucional, a comienzos del Siglo XX, tuvo lugar en Alemania una serie de conflictos económicos, sociales, políticos y culturales; todos los cuales, precipitaron una inusitada crisis de sentido en la conciencia pública y en los valores dominantes de ese país -cuando no, en todo Occidente-. Junto a la interpretación de las normas constitucionales que debían regular las disputas agónicas de ese país -a caballo de competitivas visiones teóricas y filosóficas-, irrumpieron también otros refractarios puntos de vista críticos que, finalmente, terminaron minando el optimismo racional que hasta entonces había distinguido al constitucionalismo liberal. A partir de la Constitución de Weimar, luego, el fenómeno de la dominación legítima por la ley -o por defecto de la autoridad democráticamente constituida-; el *ethos* republicano, las promesas liberales en materia de derechos; todas las vacilaciones en torno a la neutralidad del Estado, las demandas materiales por bienes colectivos y la justificación de las emergencias para morigerar o someter algunas de las categorías aquí mencionadas, hizo que la suma de episodios políticos ahí acaecidos, terminaran resumiendo en Weimar, la figura anticipada de tantas repetidas frustraciones constitucionales del mundo entero. Más específicamente, la relación de sucesos históricos que ahí tuvieron lugar, representa todavía hoy una muestra paradigmática de los ciclos anímicos de apogeo y decepción que invariablemente el constitucionalismo liberal debe padecer. Sin soslayar, claro es, que la resolución malograda de muchos de sus conflictos político-morales, de paso, nos ofrece un conjunto de pistas certeras para mejor comprender el declive institucional y la barbarie fanática que terminaron enlutando a Alemania y a gran parte de Europa.

**PALABRAS CLAVE:** Weimar, crisis y crítica al constitucionalismo liberal.

*“Estos liberales se aferran a la noción ilustrada de que existe algo llamado naturaleza humana común, un sustrato metafísico en que están incorporadas cosas llamadas “derechos”, y que este sustrato tiene prioridad moral sobre todas las superestructuras meramente “culturales”. El mantener esta idea lleva a la paradoja autoreferencial tan pronto como el liberal empieza a preguntarse en semejante sustrato es ella misma un sesgo cultural. Los liberales que son a la vez conocedores de la diversidad y racionalistas ilustrados no pueden salir de este aprieto. Su racionalismo les compromete a dar sentido a la distinción entre juicio racional y sesgo cultural”.*

Richard RORTY, *Objectivity, Relativism and Truth*

### **1. Proemio**

El análisis constitucional de la libertad y de los derechos necesita ir más allá de la aleatoria suma crítica de decisiones judiciales vigentes. Aun cuando es correcto distinguir entre la autonomía del derecho vis à vis la autonomía de la política -y la moral-, de ello no se sigue que a partir de problemas y conflictos constitucionales concretos, no pueda ser sensato descifrar el solapamiento y/o articulación conjunta de las proposiciones y argumentos descriptivos, normativos, filosóficos en juego. Digo, específicamente, la imbricación de estos puntos de vista. Más allá de la lectura de las normas y los fallos, está el drama de la vida. Hay que excavar en el interior de los sentimientos y en las profundidades más insondables de la mente humana.

---

<sup>173</sup> Licenciado en Filosofía, es Abogado y es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); es Especialista en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid); es Master in Law -LLM-, (Temple University de Filadelfia). Se desempeña como “Profesor Titular” de Derecho Constitucional (Facultad de Ciencias Políticas de la UCC) y “Profesor Adjunto” de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho de la UNC, Argentina).

La interpretación de los sucesos que desembocaron en la crisis acaecida en los primeros años del Siglo XX en la Alemania *weimariana* nunca han dejado de ser controvertidos. En particular, la cultura constitucional encuentra en las claves políticas y jurídicas de la fallida república una miscelánea de lecciones que trascienden la revisión histórica. Un conjunto de enseñanzas que desbordan cualquier síntesis epocal. Es que Weimar, nos revela algo importante. Weimar representa un punto de quiebre en el desarrollo optimista de las ideas liberales, de la Ilustración, del racionalismo epistémico en torno a la organización del Poder y a la determinación de los derechos individuales. En esos complicados años de agitación y afirmación política de la identidad alemana, muchos elementos de la conciencia constitucional moderna se desmoronaron. El desafío de cuidar la Ley común, la necesidad de confiar en la imparcialidad neutral del Estado -con órganos celosos en preservar la supremacía de la Constitución-, la voluntad de sostener la unidad estatal de la Nación a toda costa; todo esto en su conjunto, configuran diversos capítulos de una única crisis.

### 1.1. Preguntas y tópicos relevantes

Dado el desarrollo del demo-liberalismo, una pregunta interesante que todavía tiene relevancia es la siguiente: en torno a la neutralidad, ¿es normativamente posible ser “neutral” con las opiniones que no son “neutrales”? Entiéndase, por caso, con los discursos que (negativamente) socavan el principio de neutralidad, ¿puede una comunidad política; el Estado, mostrarse pasivamente neutral? Y a partir de ello, ¿tiene el Estado y el ordenamiento jurídico acaso, el deber de proteger el derecho -y/o cierto rango de expresiones y acciones-, precisamente, de quienes quieren destruir la neutralidad del Estado? Un viejo tema de normas autoreferenciales y/o autoinvalidantes.<sup>174</sup>

En un tiempo y en un lugar donde arreciaron las posturas anarquistas y autoritarias, este tipo de interrogantes, tal vez, pudo haber despertado corrosivas reflexiones en la mente de Schmitt. El debate con Kelsen en torno a la defensa de la Constitución, en este sentido, es también el debate sobre la permanencia de los valores plurales de la Constitución de Weimar. Cuando hay peligro en torno a la existencia misma del orden jurídico constitucional, ¿cuánta resignación individual es legítimo demandar?; ¿cuánto sacrificio colectivo e individual es posible reclamar? En esos agitados años, tal vez, Schmitt ya podía haber explicado cuáles serían las negativas consecuencias que se desprenderían ante la supuesta muerte de "lo político". Y si se lo hubieran planteado, de paso, en torno al llamado "fin de la historia", seguramente, podría incluso haber radicalizado aun más sus argumentos iliberales. Teniendo en cuenta estos antecedentes; dada la lectura histórica de la época, ¿podría acaso haber evitado sus puntos de vista escépticos -y contrarios- al liberalismo? Aun lejos de sus conclusiones -en tiempos corrientes-, tengo la impresión de que todavía no somos pocos quienes compartimos el miedo básico que propone su crítica. Porque claro, Schmitt quería evitar el letal pronóstico en torno al fin de la política. Y de algún modo, esto es así inclusive para algunos liberales como -el mismo Rawls-, quienes finalmente también se pronuncian con idéntica preocupación.

En esta inteligencia de las cosas, una cuestión importante y actual puede presentarse del siguiente modo. ¿Es sensato interrogarse -junto a algunos liberales-, sobre qué formas constitucionales de organizar el poder y hacer política en un plano de libertad e igualdad pueden

---

<sup>174</sup> Para el liberalismo, más allá de su declamado compromiso, la neutralidad es un concepto problemático sino equívoco. Vistos los conflictos de valores e intereses que caracterizan la vida con nuestros semejantes, la neutralidad del Estado tiene incidencia tanto desde el punto de vista externo (léase: los conflictos que protagonizan otros estados), como con relación al punto de vista interno (léase: las diferencias establecidas por los integrantes de una misma comunidad política estatal). En particular, sobre esto último, es insoslayable asumir como normativamente inevitable la existencia de una divisoria de dominios entre lo público y lo privado. Y sobre este segundo renglón, a su vez que, sin solución de continuidad y de manera coherente, la fuerza pública del aparato estatal asume el compromiso de imparcialidad e independencia con respecto a toda disputa antagónica de valores y preferencias individuales.

mejor adaptarse a las corrientes demandas colectivas de tolerancia y derechos en contingente conflicto? La pregunta, asume, que las fuentes de legitimidad política; la democracia en un sentido lato, siempre pueden ofrecer alguna alternativa institucional que permite promover tolerancia y asegurar respeto hacia los derechos individuales de todos los integrantes de una comunidad política. ¿Es posible tal aleación cuando el discurso de los derechos desborda cualquier resistencia basada en la promoción de bienes colectivos; cuando definitivamente se han abandonado paradigmas comunitarios de bien común?

Pareciera que la respuesta no es tan sencilla ni tan directa como habitualmente se asume. Porque claro, es otro dato de la realidad que la ecuménica disposición de libertades negativas y la constante expansión liberal de derechos nos ha venido colocando ante una encrucijada singular. Por ella, en breves palabras, hemos ahí enfrentándonos a un pluralismo sin auténtica pluralidad o, en el mejor de los casos, hemos aquí, atrapados dentro de una retórica jurídica falsamente tolerante que no trepida en reprimir lo "políticamente" diverso. Quienes rechazan no solo la filosofía liberal, sino también el sentido deconstructivo, individualista que la supuesta neutralidad del estado liberal todavía hoy propone, por ejemplo, saben que difícilmente van a poder encontrar protección en un ámbito institucionalizado para la disputa jurídica-constitucional. Solo pueden apelar a hacer valer sus resistencias en términos políticos. Ante tantos interrogantes que todavía perduran en nuestro tiempo, entonces, esta fue y sigue siendo una cuestión dirimente que debe destacarse. La esquiva neutralidad del Estado liberal. Y estoy refiriéndome a un Estado que de tanto en tanto tiene la propensión a mostrarse poco amistoso con ciertas disidencias. Incluso con algunas disidencias que quieren defender sus conquistas. Porque está claro, Schmitt tenía razón en un punto importante. Estaba en lo correcto en sostener que la decisión fundamental es única e innegociable. La decisión fundamental necesariamente está encadenada con la voluntad política de existir y sobrevivir. Luego, la consolidación de un orden jurídico-estatal más o menos estable, pareciera, es una condición insoslayable para la normatividad de una Constitución. La consolidación de un orden jurídico-estatal lo más estable posible, a su vez, necesita que la Constitución imponga sus normas a escépticos, disidentes y rebeldes. Por lo tanto, dentro del mundo real de los acontecimientos con relevancia histórica, la fórmula "*fiat Justitia pereat caelum*", apenas si representa un elusivo y excesivo reflejo moral desconectado de la realidad. Al menos, eso era lo que pensaba Schmitt. Sin mencionar, cabe advertirlo, que cuando la lógica constitucional se subordina ante la figura de una voluntad colectiva inexistente -o políticamente enajenada-; cuando esta está atrapada dentro de cualquier paradigma metafísico, es pleno, no puede haber compromiso deontológico duradero de los pesimistas, disidentes y rebeldes.

Pero mejor, vayamos entonces a las claves, los acontecimientos y a los protagonistas para mejor comprender lo que estoy planteando.<sup>175</sup>

## 2. La fuerza del Derecho en contexto

Lejos de los "realistas del derecho" -de cualquier estirpe-, parece ser conveniente tomar conciencia de la distancia que invariablemente separa la verdad y/o corrección normativa, con relación a toda la saga de imperfectos y concretos resultados alcanzados en un orden constitucional determinado. Tras los fracasos de no pocas repúblicas y ante las defecciones de no pocos sistemas liberales en la protección de los derechos, sin duda, esto parece ser un punto importante a tener en cuenta.<sup>176</sup> Y en este escenario, Weimar, sus testigos y actores, sin lugar

---

<sup>175</sup> Ver Carl Schmitt –Héctor Orestes Aguilar, prólogo y selección de textos-, ( Fondo de Cultura Económica, México, 2001).

<sup>176</sup> Repárese por caso qué decía la Constitución de Weimar. El artículo 1 CW afirmaba que "*la federación alemana es una república*". El art.17 CW, de igual manera, prescribe que las Constituciones de los Estados también debían ser republicanas. Por otro lado, a partir del artículo 109 CW se desarrolla asimismo un amplio y detallado cuerpo de derechos. Si ello no fuera suficiente, en el art.4 CW, se afirma que "*el entendimiento de las reglas del derecho*

a dudas, dio cabal testimonio de varios capítulos de tribulaciones y debates que todavía merecen máxima atención.

En esta encrucijada, el decisionismo de Carl Schmitt, vino a ampliar el cuerpo de explicaciones significativas sobre el valor de la Constitución. Aunque por otro lado, bueno es notarlo, vino también a ampliar la ambición teórica que por entonces estaba dominada por la crítica positivista de Hans Kelsen. Más allá de este foco de disputa conceptual, es interesante advertir que la crítica schmittiana tuvo realmente efectos devastadores sobre el aludido "realismo jurídico". En consecuencia, si la preocupación filosófica-académica dominante era y sigue siendo circunscribir el debate teórico sobre el sentido y valor deontológico de la Constitución; sobre las formas o, por defecto, sobre la genealogía de la autoridad que está presente en la producción de la ley, en realidad, el objeto Constitución tiene escasa o nula posibilidad de apertura hacia los fenómenos políticos subyacentes y/o concomitantes. Eso es lo que Schmitt pone sobre el tapete.<sup>177</sup>

De tal manera, si el análisis y la discusión constitucional debieran estar concentrados y/o limitados a la crónica de las últimas y actuales referencias del derecho positivo y judicial aplicado, en verdad, el área de investigación y análisis sobre los fundamentos del Estado y el orden jurídico-político también van a estar muy restringidos. Dado el carácter endogámico, a menudo insular y sesgado del preponderante análisis constitucional contemporáneo, luego, pareciera que esta apertura -y la crítica que su rehabilitación entraña-, comporta un aporte corrosivo ineludible para acceder a los estratos meta-normativos de la disciplina constitucional. "La Constitución -y el derecho-, se intuye, es algo más de aquello que los jueces -y juristas especializados- dicen que es". La incorrecta -por parcial- cita del Juez Hughes, nos ha empantanado sobre múltiples equívocos teóricos y no pocos desaciertos prácticos.

En esta sensibilidad, entonces, una mirada crítica de los eventos históricos sucedidos en Weimar merece especial atención. Ahí, pueden explorarse un orden original de razones y desacuerdos que terminaron marcando a fuego al constitucionalismo liberal -con todos sus adversarios-, a partir de las primeras décadas del Siglo XX.

### 3. Situación

Luego de la derrota de la Primera Guerra Mundial, el Imperio Alemán se sumergió en un proceso de reformas políticas y constitucionales. En la ciudad de Weimar, el 11 de agosto de 1919, vio la luz un texto constitucional jurídicamente de avanzada. Se trató de una Constitución de 181 artículos para los 17 Estados del viejo Reich teutón. Lo interesante es que reflejando claros instintos democráticos y republicanos, se proclamó un Estado federal y parlamentario; se establecieron principios de justicia social con importantes derechos para los ciudadanos.<sup>178</sup>

El artículo 178 de la CW, con estos propósitos, suspendió la anterior constitución sancionada el 15 de abril de 1871. Por default, se sostuvo además que toda legislación que no contradiga la Constitución de Weimar, mantenía su vigencia. Aún cuando la misma mantuvo formalmente su vigencia hasta la capitulación alemana en la Segunda Guerra Mundial (7 de mayo de 1945), lo cierto es que con Adolf Hitler, tras el incendio del Reichstag; sin Parlamento -y en constante

---

*internacional, en tanto que universalmente reconocidas, forman parte del derecho federal alemán con fuerza obligatoria."*

<sup>177</sup> Carl Schmitt, *El Concepto de lo Político*, ( Alianza Editorial, Madrid, 1991)

<sup>178</sup> Me atrevo a decir que nuestro artículo 14 bis CN toma por modelo al artículo 165 CW. Cabe destacar que el art. 151 y siguientes de la Constitución de Weimar, establecen normas y principios centrales para el desarrollo ideológico y teórico del llamado constitucionalismo social. Por caso, ahí quedó establecido que, sin renunciar a la libertad de industria y comercio, la organización de la economía debía estar anclada en la justicia y la dignidad humana. El art. 156 CW, por otro lado, establecía la posibilidad de nacionalizaciones, expropiaciones; así también como era constitucionalmente factible convertir un activo privado en propiedad común.

emergencia-, ya hacía un largo tiempo que sus promisorias normas habíanse transformado en materia decrepita.

El fracaso de la llamada república de Weimar puede ser analizado desde diversas perspectivas. Desde el punto de vista constitucional, las reflexiones y explicaciones críticas se han extendido sobre un eje de problemas ideológicos, políticos, morales que tienen alto impacto todavía en nuestro tiempo. Pero lo interesante es que este cuerpo de explicaciones ha apuntado a situar en la pendiente de la degradación político-institucional, una carga de frustración constitucional de mayor envergadura. Lo concreto es que el colapso de la república de Weimar trajo consigo una plañidera sensación de angustia acerca de cómo los paradigmas dominantes de la modernidad se vieron finalmente confrontados tanto en la validez normativa de sus contenidos como en la viabilidad práctica de sus promesas. En ese escenario político-constitucional, en términos de libertad y derechos individuales, el legado emancipador de las ideas liberales, no pudieron escapar a una doble tenazas de asedios. Por un lado, al que se deriva del plausible desencanto que sus propias indeterminaciones y vacilaciones filosóficas dieron lugar. Por otro lado, al que se desprende del embate de las rémoras autoritarias que, en sociedades culturalmente sofisticadas como la alemana de comienzos del Siglo XX, tampoco tuvieron problemas en desarrollarse e imponerse.

#### **4. Entre el romanticismo y la técnica**

Luego de haber alcanzado tardíamente su unidad; habiéndose visto apagado el rumor marcial de los tambores de la guerra franco-prusiana -en el último tercio del Siglo XIX-; y también, habiendo ya pasada la "Gran Guerra" -1914/1918-, Alemania, que había asomado como una pujante potencia industrial, nos lega uno de los hitos constitucionales más importantes de la historia: la Constitución de Weimar. La Constitución Imperial alemana de 1871, sin derechos reconocidos, sin apertura a dinámicos actores sociales, de algún modo, había representado un modo impolítico de certificar la lograda unidad nacional. Con ello quiero decir que hasta ese entonces, el debate público y plural; la puja real en la construcción del poder estatal habían asomado como desconectados de la Constitución. De tal modo, es pleno, Weimar, vino a erigirse en el punto de contacto entre ese episodio incompleto, con la percepción consciente de que una nueva república reunificada nacía como potencia continental. Se trataba pues, de una Nación hecha república. Un complejo territorial multifacético -con 62 millones de habitantes- que, dicho sea de paso, era consciente de sus diversidades internas. La Constitución de Weimar, en resumidas cuentas, viste políticamente ese momento histórico de la nación alemana.

En efecto, plurales representaciones territoriales, en este nuevo escenario, aceptan política y solemnemente formar parte de la ya consagrada identidad germana. Más acá en el tiempo, de algún modo, eso se repite con la "impuesta" *Grundnorm* de 1949, solo que en este episodio, el énfasis está puesto sobre un robusto cuerpo de derechos y valores que todavía ahora singularizan el orden constitucional heredado de la pos-guerra. Las limitaciones a las atribuciones del Ejecutivo, en este contexto, se hacen cargo de la experiencia histórica. Esto es, se tomó muy en serio los defectos de diseño advertidos en los tiempos *weimarianos*. Por caso, se decidió subsanar y prevenir tanto los excesos plebiscitarios como los efectos indeseados de la potencial parálisis del gobierno por defecto del obstruccionismo parlamentario. Más allá de todo idealismo jurídico, entonces, la práctica y la historia constitucional -en tal combinación de perspectivas-, fueron fundamentales para intentar escapar a las malas experiencias institucionales repetidamente padecidas.

En este contexto, no huelga tener presente también algunos antecedentes teóricos. Por ejemplo, que merced a la influencia de Laband y otros "positivistas-tempranos", hasta la sanción de la Constitución de Weimar, el discurso de los derechos individuales había estado exclusivamente incardinado a la noción del *rechtstaat*. Esto es, las intuiciones provenientes de la sociología, el derecho natural u otras fuentes diversas que daban cuenta de la existencia de tales derechos, no

podían evitar estar inequívocamente anudadas al reconocimiento expreso de una voluntad estatal convalidante. La verdad es que hacia los primeros años del siglo XX, dicho soporte ideológico-técnico-doctrinario estaba tambaleándose. El esquema tempranamente edificado por Laband, estaba siendo horadado primero por las secuelas dejadas por la pluma de Jellinek; luego, por los embates de los herederos del neo-kantismo kelseniano. Finalmente, por el criticismo iliberal de Carl Schmitt.<sup>179</sup>

Aquí, una nota imprescindible: en este punto hay que ser conscientes que el concepto alemán de *rechtsstaat* no tiene ecuación directa con la noción angloparlante de "rule of law". Si por medio de procedimientos imparciales en la aplicación de la ley, el primero tiene su punto denso de gravedad en la misma unidad de la voluntad estatal y el predominio claro de la Ley – expresión legítima imperativa de la misma-, lo segundo, en cambio, tiene un tinte normativo diverso; más fuerte en términos objetivos. Claramente, el concepto de estado de derecho asociado a la semántica del "rule of law", supone fundamentalmente la independencia de poderes; en especial la del Poder Judicial y de todos los magistrados que defienden la supremacía de los derechos fundamentales. Esto no es tan así, en la tradición continental del *reschstaat*. Como podrá advertirse, esta diferencia repercute en el debate teórico e ideológico del constitucionalismo, el cual, claro es, se ha mantenido en el tiempo.

#### 4.1. Poder y Territorio

El reparto de competencias entre el Reich y los Estados exhibe una compleja interrelación de normas entramadas (vgr: artículos 6,7,8,9 CW). En este escenario, en caso de duda o conflicto por una supuesta invasión en las atribuciones de los Estados, el art. 13 CW concedía a la Suprema Corte del Reich la facultad de decidir en este tipo de disputas. Por otra parte, aun cuando el art.19 CW había ratificado esta idea, el "Presidente del Reich" era quien debía hacer cumplir lo dispuesto por el tribunal. Sin mencionar que, por defecto del art.9 CW, en tanto hubiere necesidad de una regulación uniforme, el Estado Federal estaba llamado a legislar tanto en materia de "bienestar público" como para "el mantenimiento del orden y la seguridad pública". Y un último dato normativo que, desde el punto de vista histórico no puede ser pasado por alto. Me refiero a que el art. 48 CW prescribía que "*si un Estado no cumple con la Constitución o con las leyes federales, el Presidente puede remediarlo con la ayuda de fuerzas federales*".

El problema de la unidad y la aserción del Poder fue una cuestión capital en el nacimiento y constitucionalización del Reich Alemán de esos años. Luego, la distinción teórica contemporánea entre lo que *llamamos* soberanía y autonomía, sin duda que ya era por entonces un tema central de debate.

En efecto, tal diferencia ya había tenido también un entendimiento y una práctica concreta en los Estados Unidos. Me refiero al valor otorgado a la llamada *Supremacy Clause* del "artículo VI" de la Constitución de ese país. Pero ello no debe hacernos perder de vista otros antecedentes no menos sofisticados en términos teóricos. Estoy aludiendo a experiencias político-constitucionales cuya concreción, precisamente, tuvieron lugar en Alemania. Aludo en primer lugar a la Constitución de 1871 donde claramente quedó diferenciada la soberanía del Imperio alemán (Reich) por oposición a otras capacidades "no-soberanas" de los estados como Prusia. Posteriormente, atento lo dispuesto por los artículos 13 y 14 CW queda claro también que *la ley federal tiene jerarquía con relación a las leyes de los Estados*". A menos que esté establecido lo contrario, los funcionarios de los *länder*, deben inevitablemente aplicar las leyes federales de manera prioritaria.

En cuanto a la estatalidad, los usos lingüísticos que históricamente habían definido el sentido interno (a la Bodin) y externo (a la Grocio) del término "soberanía", no fueron en realidad

---

<sup>179</sup> Carl Schmitt, *Teoría Constitucional*, (Alianza Editorial, Madrid, 1996)

obstáculo alguno para que los *länder* terminaran dibujando un rango propio de poderes y atribuciones legalmente definidos.<sup>180</sup> La consabida idea, sencillamente, era que al interior del Reich Alemán, estas unidades político-estatales debían manejar la mayoría de sus propios asuntos internos.

De tal suerte, dado que la unión del Imperio había sido producto de tratados basados en el Derecho Internacional, la verdad era que en cánones más "confederales", muchos autores como Max Seydel, por ejemplo, entendieron que la soberanía del Reich ya no podía estar alojada en los estados miembros individualmente considerados. Esta interpretación, sin duda, tiene claros puntos de contacto con el federalismo argentino. Por analogía y por razones de tipo históricas y políticas ambas experiencias tienen algunos elementos en clara coincidencia. En ambos casos, la consolidación de ambos federalismos no es una invención teórica. En realidad -y de todos modos-, aquí merece destacarse un aporte singular del pensamiento jus-público germano. Los viejos y dominantes principios positivos de Laband, a decir verdad, habían encadenado el concepto de soberanía a la representación y a la autoridad del Bundesrat. Naturalmente, a tono con la salvedad expresada en el acápite anterior, esta circunstancia es la que permite también explicar/justificar el dominio prioritario (*Herrschaft*) que tenía el estado federal alemán a partir de su capacidad legislativa. La conclusión, a continuación, cae de maduro: se sostiene que la soberanía estaba "formalmente" integrada en el Bundesrat. No está en sus partes. Solo la suma individual de todos los estados representados, vuelve certera la utilización del concepto de soberanía.<sup>181</sup>

#### 4.2. ¿La necesidad o la legitimidad prevalecen en la emergencia?

Volvamos a fijar la atención en el repaso histórico de los acontecimientos. Los atribulados años de posguerra; las penurias económicas que se incrementaron con la crisis mundial de fines de los años 20', habían sido responsables de minar la confianza cívica en la Constitución. En esos momentos, Alemania vivía en constante emergencia. De todas formas, hubo un episodio terminal que, en particular, sirvió para volver plausible los excesos aristocráticos y antirepublicanos del orden político establecido. Estoy aludiendo a la actitud asumida por Franz von Papen –luego Ministro de Hitler-, quien se precipitó en un peligroso deslizamiento argumental en favor de las demandas autoritarias de varias fuerzas civiles -con el nacionalsocialismo incluido-. Entiéndase: hay que reflexionar sobre este concierto de elementos aunque prestando especial atención a un episodio político particular.

En efecto, me estoy refiriendo a los acontecimientos del 20 de julio de 1932. Nótese aquí, el carácter traumático que tuvieron tales sucesos. Porque tales avatares, que quede claro, representaron el certificado de defunción para la Constitución de Weimar. En palabras de Schmitt, invocando ilegítimamente el art. 48 CW, von Papen mandó a remover a sus críticos adversarios socialdemócratas en el poder en Prusia. Entre otras cosas, la caricaturización de la "emergencia" fue el recurso retórico que utilizó el gobierno para mancillar tanto al federalismo

---

<sup>180</sup> Mi intuición indica que el concepto de soberanía debe ser pensado como un atributo o calificación excepcional del Poder. Solo algún tipo de Poder puede presumir esta calidad. Luego, como dijera Carrió, consolidados límites informativos del lenguaje impiden reducir la eventual potencia de cierto Poder (soberano) a restricciones normativas que suponen una imposición "no-factual" de sentido al vocablo. Asimismo conviene prestar atención a Rousseau cuando en capítulo II del Segundo Libro del Contrato Social afirma: "*la soberanía no puede estar representada, por la misma razón por la que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa; es la misma o es otra; no hay término medio.*" Ver Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social*, (Hyspamérica, Buenos Aires, 1984), 226.

<sup>181</sup> Sin duda que el concepto de soberanía es y sigue siendo un concepto problemático. Y en esta inteligencia, por ejemplo, Renato Cristi, ha resaltado que el vínculo entre política y soberanía debería desaparecer de las preocupaciones humanas. Ver, Renato Cristi, "Carl Schmitt on Sovereignty and Constitutional Power", en David Dyzenhaus, coord. *Law as Politics*, (Duke University Press, 1998) 179-192

como a la república. Es un hecho histórico incontestable que con ello von Papen logró instalar un comisario político que se reportaba directa y exclusivamente con el presidente. En los rebuscados fundamentos de la medida, notablemente, puede uno descubrir una proposición clave y sorprendente. La misma da cuenta de una alteración normativa o, si se quiere, de una subordinación de la ley ante una supuesta salvedad existencial que resulta muy polémica desde un punto de vista teórico constitucional. Por encima de la Constitución; más allá de la ostensible ilegalidad en la utilización del art. 48 CW se estaban imponiendo unos superiores y desconocidos criterios de legitimidad. La justificación de la medida, absurdamente, apela a un dominio sobre el que nadie tiene precisiones. Digo, una dimensión paralela o superior al texto constitucional. Un lugar esquivo, donde meta-positivamente, habríase encontrado un extraviado firmamento de legitimidad superior a la misma Constitución. La supuesta existencia y unidad de la Nación, sería el magma reparador que tal medida dice defender.<sup>182</sup>

### 4.3. ¿Quién debe ser el custodio de la Constitución?

Ahora bien, la defensa de la Constitución no puede ser un hecho aleatorio. Los efectos potenciales de eventuales distracciones o debilidades en la tarea son siempre devastadores para las personas. Y tan es así que aun en emergencia, siempre es la preservación de la Constitución lo primero que se está jugando. Claramente fue así, por ejemplo, para la Suprema Corte de los Estados Unidos, la cual recita: “...no olvidemos que es una constitución lo que estamos interpretando, una constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos”. Estas son las palabras de Marshall en el célebre fallo *Mc. Culloch v. Maryland*, el cual -se intuía-, importaba ratificar la vigencia espacial y temporal de la Constitución más allá del conflicto de competencias interjurisdiccionales bajo análisis.<sup>183</sup>

Pues bien, a propósito de esta intuición elemental, Kelsen también llevó al extremo su controversia con Schmitt. Lo hizo, precisamente, sobre la discusión teórica de quién debía ser el “defensor de la Constitución”. Schmitt, refiriendo el citado art. 48 ap. 2 de la Constitución de Weimar entendía correcta la solución normativa en cabeza del Presidente del Reich. Esta confería *poderes excepcionales* al nombrado.<sup>184</sup> Lo hacía en virtud de la legitimidad plebiscitaria que a este último le situaban como el máximo guardián de la Constitución y del orden estatal. Y si como se sabe, para Schmitt, el fundamento último del Poder se encuentra en la *excepción*, resulta claro también advertir porque en su criterio, podría ser admisible suspender la *Ley Constitucional*, precisamente, para defender ... la *¿Constitución?*<sup>185</sup> La polémica con Kelsen, resulta por lo tanto insuperable e irreductible pues, en virtud de la norma citada -y la del art. 19 de la Constitución de Weimar-, en oposición a su adversario teórico, Schmitt sostenía que sólo el Presidente podía ser el auténtico defensor de la Constitución.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> A propósito de ello, un interesante punto de vista sobre la emergencia y los peligros que ésta entraña nos lo propone Carlos Rosenkrantz. Cfr. Carlos Rosenkrantz, "Constitutional Emergencies in Argentina: the romans (not the judges) have the solution", en Pablo Riberi & Konrad Lachmayer, coords. *Philosophical or Political Foundation of Constitutional Law -Perspectives in Conflict-*, (Nomos-Facultas, 2014), 187-244

<sup>183</sup> *Mc Culloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819).

<sup>184</sup> Con relación a los *notverordnungen* (decretos de emergencia) del *Reichtpräsident* (Poder Ejecutivo), el art.48 CW establecía que el Reichstag podía invalidarlos con mayoría simple. Ahora bien, si el decreto de emergencia era derogado, el art. 25 CW habilitaba al Presidente a disolver el Parlamento para convocar a nuevas elecciones en un plazo de 60 días.

<sup>185</sup> En este punto es interesante el punto de vista de Schmitt. En efecto, en su criterio el carácter de soberano, cualidad máxima del poder, sólo puede ser reconocido en la excepción, precisamente cuando la normalidad jurídica está a prueba. Dice Schmitt: *Sovereign is he who decides on the exception*". Carl Schmitt, *Political Theology*, (M.I.T. Press),5

<sup>186</sup> Cfr. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, ( Tecnos, Madrid, 1995), 67



Con un dejo rousseauiano de cinismo algo tautológico, el nombrado plantearía su razonamiento elemental: si un gobierno no puede hacer frente a una situación extraordinaria, tal gobierno tiene que caer. Por eso, los tribunales aunque ejerzan funciones de control, no pueden empero ser sus “defensores”. Porque claro, “*el sentido de toda Constitución racional es procurar un sistema de organización que permita formar una voluntad política e instituir un gobierno capaz de gobernar*”.<sup>187</sup> Con la tónica de estos esforzados argumentos, más que el guardián, el Presidente del Reich es así concebido como el garante desesperado de un existencial vínculo de mutua dependencia entre la Constitución y la misma magistratura presidencial amenazada.

Schmitt, en el prólogo a la versión de 1931 de su libro “la defensa de la Constitución”, propone asimismo una intuición muy presente en la época. Advierte el nombrado cómo por aquellos años, el cumplimiento de la Constitución se había convertido en un problema antes bien que una solución en casi toda Europa.<sup>188</sup> En ese contexto, el Presidente del Reich debía ser garante de ese “*puvoir neutre, intermediaire et regulateur*”. Así debía ser -en su opinión-, porque las exigencias de conformar la “neutralidad política del estado”, entre otros factores, había sido responsable de implosionar los cimientos normativos de los estados decimonónicos modernos. Entre otras disfunciones, Schmitt analiza cómo las emergencias y las crecientes exigencias y demandas económicas y financieras del Estado terminaron desatando también crecientes incrementos de atribuciones extraordinarias en los ejecutivos. En ese escenario degradado, por medio de decretos con fuerza de ley, bajo irrefutables fundamentos de “necesidad económica del estado”, las provisiones de la Constituciones, inexorablemente, van a seguir siendo violadas por las autoridades del gobierno. Tómese cabal nota pues, de los peligros que tal situación trae aparejados a la comunidad.

Ignorando o contrariando directamente este diagnóstico, por el contrario, Kelsen defiende la idea de que debe ser un Tribunal Constitucional el máximo baluarte protector de la Constitución. El austríaco discrepa con la matriz del pensamiento schmittiano porque según sus propias palabras, el alemán interpretaba erróneamente las consecuencias en ciernes. Kelsen desacredita que el carácter “*pluralista*” del control de constitucionalidad, dentro de un “proceso” de protección y oposición al poder de parte de los titulares de derechos subjetivos, puede traer aparejado la “*desintegración del concepto de Estado*”.<sup>189</sup> Por cuestiones sustanciales y normativas, en consecuencia, Kelsen instala la polémica al interior del núcleo duro de los supuestos fácticos propuestos por su adversario intelectual.

Su discrepancia en términos de teoría constitucional, de tal suerte, guarda una relevancia pragmática central. Kelsen pide garantías para un poder judicial independiente del parlamento y del gobierno, porque en verdad, él cree firmemente en la importancia de contar un Estado secular erigido sobre un edificio de normas jurídicas. Kelsen, además, está convencido de que un sistema de derechos es tan deseable como viable. No cabe duda, para Kelsen, la palabra Estado, amén de los órganos y las autoridades que ejercen funciones constitucionales, refiere también a un orden jurídico cuyas normas deben ser claras y conocibles por todos.<sup>190</sup> En consecuencia, en su entendimiento, está claro que resulta esencial asegurar los beneficios de una rigurosa separación entre conocimiento científico (a partir de una teoría del estado) de aquellos otros juicios normativos que, “*a fortiori*”, deben estar precisados por la imparcial actividad de los jueces.<sup>191</sup> Fijar límites jurídicos a los poderes del Estado, aún en tiempos de emergencia, constituye una actitud civilizada y sensata. Fijar límites y establecer controles - más allá de la emergencia-, refuerza la “regla de reconocimiento” que un ordenamiento

---

<sup>187</sup> Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, (Editorial Labor, 1931), 143

<sup>188</sup> Carl Schmitt, *La Defensa de la Constitución*, 5

<sup>189</sup> Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*, 51

<sup>190</sup> Hans Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, (México, 1992), 123

<sup>191</sup> Hans, Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estad*, 81

constitucional necesita para ser un orden constitucional legítimo. Legítimo, claro es, en el sentido de un estado de derecho de acuerdo a la idea de *rule of law* antes mencionada.<sup>192</sup>

## 5. Problemas y desafíos

Ahora bien, es sensato repasar en particular un núcleo de elementos conceptuales que todavía tienen relevancia teórica para el demo-liberalismo contemporáneo.<sup>193</sup>

Las progresivas y multiplicadas demandas de crecientes números de identidades en constante fraccionamiento -antes como ahora-, agobian al Estado y, a partir de este, a los diversos sistemas jurídicos, sociales, políticos que entran en disputa dentro de una misma estructura de reglas constitucionales. Quienes dicen custodiar criterios de libertad, derechos individuales, empero, ya no prestan debida atención a la identificación y a la maximización de intereses colectivos. Tampoco se educa ni existe una valoración diferenciada de la idea misma del bien común. El bien común, claro es, no equivale a la sumatoria individual de los bienes privados de cada individuo. Además, sin idea previa de bien común, no puede haber entendimiento sobre lo que se supone que es el bien común. Es más, en tiempos corrientes, los desafíos de ampliación infinita de la autonomía de la voluntad; las múltiples ambiciones expansivas de sujetos libres e iguales, torna muy difícil practicar tal asimilación.

La verdad es que lejos de una realización personal adaptada, campea una sensación colectiva de turbación en la mayoría de los sujetos. La misma daría cuenta de cierta sensación de padecimiento. Algo así como una impresión moral de sentirse inexorablemente obstaculizados, superados o sometidos por imprevistas demandas prácticas que reflejan presiones sociales para la convivencia. Por ello, la resistencia. Sucede que los mismos presupuestos y horizontes ético-morales que caracterizan la dominante filosofía liberal -ésta es la cuestión de fondo-, no están suficientemente equipados para asumir o aislar los instintos anárquicos que su propia dinámica promueve. Para colmo, la mayoría de las personas tampoco están dispuestas a pagar el costo moral y civilizacional que tal mundo ajeno a la comunidad política de referencia está facturándoles a cotidiano. La pesada cuenta es más irritante entre los menos exitosos o desaventajados. Y no la quieren pagar muchos altruistas, mucho menos los egoístas.<sup>194</sup>

Al interior de la crisis desatada en la República de Weimar, en consecuencia, se produjo una colisión de desafíos y dificultades constitucionales. Y en este marco, regularizadas las emergencias, se volvió patente cómo el contramayoritarismo aristocrático de sabios, expertos y jueces, tuvo que lidiar con el surgimiento corrosivo de sentimientos iliberales: por ejemplo, con la organización de masivos instintos xenófobos y autoritarios. Pues claro, en estos desacoples, finalmente pudo verse crujir la base común de legitimidad que previamente había amalgamado la autoridad tradicional con formas republicanas de gobierno, más libertades y derechos civiles. Luego, todo ello junto; esto es, todas estas cosas, absolutamente todas juntas e interconectadas van asomándose en el núcleo duro de la crisis que embarga al orden liberal que, dicho sea de paso, no podía dejar de registrar sus fracasos para poder subsistir como tal.

---

<sup>192</sup> Dice Garzón Valdés: “*Un determinado sistema político es estable si y solo si en los casos vinculados al ejercicio institucionalizado del poder, sean estos normales, o límites, tiene la tendencia a reaccionar de forma tal que sus cambios, son una explicación eficaz de su “regla de reconocimiento” y ésta tendencia se mantiene durante un lapso significativo desde el punto de vista de su contexto histórico y regional*”. Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, Ética y Política*, (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993), 582. Para mayor precisión sobre “regla de reconocimiento”; Cfr. HART, H.L.A., *El Concepto del Derecho*, (Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992), 117-118 y 125-127

<sup>193</sup> Complementariamente a estas días ver, David Dyzenhaus, *Law as Politics*, (Duke University Press, 1998)

<sup>194</sup> Puede ser oportuno pensar analíticamente la aptitud y el tenor de las relaciones entabladas entre sujetos con diversas predisposiciones y aptitudes interpersonales. Para abordar este tema, Cfr. Pablo Riberi, “Disenso, pesimismo y desconfianza dentro de los límites de las reglas constitucionales”, en coords. Marcelo Bergman y Carlos Rosenkrantz, *Confianza y Derecho en América Latina*, (Fondo de Cultura Económica, México, 2009)

Eso es lo que tanto Kelsen, Weber como Schmitt de una forma u otra, supieron advertir con diversos tonos de preocupación y crítica.

Más allá de la inestabilidad política del momento, a partir de Weimar, existe un elemento central y amenazante al orden constitucional establecido. Se trata de un dato conceptual que cobra especial relevancia en la teoría crítica. Me estoy refiriendo al fracaso de la neutralidad del Estado con respecto a tantos disidentes radicales. Tal presupuesto del orden constitucional liberal, era -y sigue siendo-, una categoría o bien mentirosa, o bien corrosiva con respecto a las pretensiones del mentado orden constitucional. Lo que Schmitt advierte, en su diagnóstico, por ejemplo, es que la supuesta neutralidad liberal del Estado había sido responsable de la fuga o el desplazamiento paulatino de lo político. Cuando ello sucede, en el vacío consolidado por la distracción y/o alienación de las masas sin conciencia política, entre otros males, se consolida el reinado de los operadores hegemónicos del mercado. Que quede claro, a partir de Weimar se volvió plausible la puja de un poder invisibilizante por sobre otro, de a poco, invisibilizable. Y así las cosas, las promesas de la Ilustración, quedaron ahí, siendo solo promesas. ¿Podría acaso haber sido otra cosa?

### **5.1. La historia quieta en la mirada atenta de Carl Schmitt**

Contra los pronósticos de Kojève o Fukuyama, es pleno, el enunciado "fin de la historia" es claramente un enunciado falaz.<sup>195</sup> Sostiene este juicio crítico, además, un hecho simple: si hubiera sido cierto que el desarrollo de la historia siempre tuvo por combustible la disputa vehemente por desarrollar e imponer la conciencia universal de la libertad; y si -según acredita la misma experiencia histórica relevada-, hubiere sido verdad que ni siquiera el fracaso de la Unión Soviética permitió agotar la reproducción y renacimiento de corrientes y movimientos hostiles contra la hegemónica y dominante idea liberal de organización del Poder, es evidente, entonces, la historia, tal vez, pudo haber dejado de tirar sus dados en el tamiz de la vida humana. La síntesis dialéctica final, en cualquier caso, difícilmente pueda ser esa resultante acabada de una libertad abstracta; mucho menos la conciencia libertaria que llama a proteger el capricho individualista y/o la ausencia de restricción sobre los mercados.

Sin embargo, es cierto, a partir del último tercio del siglo XX, se ha venido consolidando un modelo de orden estatal administrador del aislamiento social para la libertad individual. Esto es más o menos así a escala global, tanto en países más opulentos, como en muchos países en vías de desarrollo. En el imaginario filosófico hegemónico, pareciere, se ha instalado una falsa promesa ecuménica montada sobre no-verificadas y/o inverosímiles figuras utópicas de armonía social y abundancia económica. Muy a contramano, empero, al interior de los multiplicados y actuales discursos del desencanto -ese mismo que ahora está invadiendo a tantos colectivos de personas comunes-, se aprecia todavía una atávica rebeldía que pugna resistiendo los presupuestos formalistas, a-históricos de derechos y libertades sin encarnadura política. Esos discursos que, por caso, indolentemente soslayan situadas demandas contra desigualdades e injusticias sociales concretas.

El discurso de los derechos es importante, claro está. Pero no solo importan los derechos en su desarrollo hermenéutico o en su precisión lingüística de acuerdo a la labor técnica de abogados, expertos y jueces. Durante toda la modernidad, es evidente, las personas han desarrollado cuerpos complejos y variados de expectativas personales y colectivas. Los derechos no son simples "límites laterales" contra terceros y contra el Estado. En consecuencia, es bien posible situar el discurso de los derechos como parte integrante de un conjunto de intereses colectivos que formal y políticamente pueden ser previamente definidos por ley como tales.

A propósito de ello, en un notable trabajo crítico sobre la época, Helen Kennedy empieza su libro aludiendo a una conferencia de Schmitt en Leipzig. Me refiero a una lección dada por el

---

<sup>195</sup> Ver Carlos Astrada, *Dialéctica e Historia -Hegel y Marx-* (Juarez Editor, Buenos Aires, 1969)

mencionado autor el 1 de diciembre de 1944. Con respecto a la misma, es interesante resaltar lo que la autora pone de relevancia. La conferencia versaba sobre la "filosofía jurídica europea". Dadas las circunstancias de la época -llama la atención de Kennedy-, que Schmitt absurdamente y con aparente ingenuidad, se estuviera dedicando a debatir la distancia que separan a romanistas y germanistas. ¡Qué tema tan nimio, en tiempos tan turbulentos! Sin embargo, esto tiene su explicación. Trascendiendo esta dicotomía, lo que aquí se observa es como Schmitt pretendía restablecer la atención en el vínculo reconocido o creado por la filosofía jurídica europea entre justicia y orden político. Por otra parte, tempranamente, Schmitt ya había puesto de relieve otro aspecto desalentador que también merece atención. Abrumados por la prepotencia de la ciencia, era -y sigue siendo- un hecho preocupante estar enterados que gobernantes inescrupulosos pueden potencialmente llegar a tener armas y tecnologías tan poderosas como letales a su disposición. Entre otras cosas, esta circunstancia, claro es, constituía un poderoso incentivo y una imbatible razón para que las arcanas enseñanzas del derecho y la ética recuperaran atención. Vale decir, más allá de la autonomía de ambas dimensiones, resulta una clave fundamental para nuestra cultura política-jurídica-constitucional, no renunciar a la capacidad colectiva de percibir los puntos de contacto entre justicia y orden político.<sup>196</sup>

Obviamente, en este ejercicio, Schmitt rechazaba el formalismo.<sup>197</sup> Él prefería ubicar su análisis dentro de la política y la historia. Más allá del llamado "realismo" estatal (vgr: Kaufmann) y a contramano de ese formalismo conceptual de las normas (a la Kelsen), lo que Schmitt propone es una mirada "evaluativa" centrada en una esfera diferenciada cual es el espacio de "lo político".<sup>198</sup> He ahí, la última fuente de legitimidad del Poder. Porque claro, algunos temores de Schmitt -que aun hoy tienen vigencia-, ya tenían registradas en la experiencia colectiva las mencionadas secuencias de "emergencias" sin justificación que aquí se han aludido. Su lectura crítica acerca de Weimar, por lo tanto, viene a poner énfasis sobre cómo los tribunales que reclaman ser los auténticos defensores de la Constitución, en verdad, rara vez atinan a contener las extralimitaciones del poder estatal. La verdad es que la dinámica desatada por agresivas identidades en constante fragmentación o la que resulta de la indetenible acumulación privada de poder y riquezas, solo muy ocasionalmente suele ser prioridad en la agenda constitucional de la mayoría de los jueces. En un mundo cambiante, en constante competencia, ni los tecnócratas, ni los expertos de la burocracia y la economía -parece estar intuyendo Schmitt-, realmente están comprometidos en domeñar las pasiones autoritarias o los impulsos individualistas que desbordan la ley.

Por otro lado, las dificultades de integrar juicios morales sustantivos -a partir de "*comprehensive moral views*"-, es otro dato insoslayable del presente. Al respecto, me siento tentado de estar con Schmitt aunque también contra Schmitt. Es que si las verdades morales o los contenidos de justicia no deben ser tomados como verdades y valores evidentes y/o incontrastables por todos, es sencillo y no hay más remedio, hay que someterse a la Política. Diría más, en una comunidad democrática, todas las pretensiones de derechos -o sobre justicia-, deben tener en la Política un ancla sagrada sumergida en las turbulentas aguas del desacuerdo. Ningún contenido normativo, luego, puede ser impuesto a todos, sin más. Por más razonables, necesarias o justas consecuencias que tal contenido presuma. Tampoco importa cuán perfecto sea el juicio moral que deontológicamente sostiene el mismo. Esto es así. Más allá del

---

<sup>196</sup> Helen Kennedy, *Constitutional Failure -Carl Schmitt in Weimar*, (Duke University Press, 2004), 12

<sup>197</sup> A contramano de algunas posiciones, Ricardo Ramírez Calvo posa una crítica aguda al autoritarismo de la época. El autor advierte sobre cómo las raíces emergenciales en la doctrina constitucional alemana exhiben netos sesgos jus-naturalistas en la argumentación de muchos de sus ilustrados autores. Cfr. Ricardo Ramírez Calvo, "Positivism, Totalitarianism and Constitutionalism" en Pablo Riberi & Konrad Lachmayer, coords. *Philosophical or Political Foundation of Constitutional Law -Perspectives in Conflict-*, (Nomos-Facultas, 2014), 225-264.

<sup>198</sup> Helen Kennedy, *Constitutional Failure -Carl Schmitt in Weimar*, (Duke University Press, 2004), 6

discernimiento legal de algunos conflictos, he ahí el nudo político de la cuestión: la Constitución es una dimensión normativa imprescindible porque su imperio permite promover la reconducción de los conflictos más divisivos en dos fases simultáneas. Por un lado, al interior de lo dispuesto legal, administrativa y judicialmente por peraltados órganos del Estado. Por el otro, al remitir su autoridad al vientre de la esfera de la actividad política que da sentido a la misma Constitución. La comunidad política que habla y debate sobre sus diferencias, puede abrirse a una amplia gama de alternativas. Porque es así: una comunidad de hombres libres e iguales no puede evitar volver políticos los fundamentos constitucionales de sus valores, principios y derechos más importantes.

El pesimismo de Schmitt –en sintonía con Weber-, incubó una advertencia cultural asociada a una premonición infausta. A propósito de Weimar, lo que Schmitt puso sobre el tapete es que la crisis que gestaba el liberalismo y la democracia parlamentaria no era sino una inevitable conclusión de la capitulación de los "significados auténticos". Y con ello, que había operado una transformación discursiva e ideológica del sentido normativo de la autoridad en el aparato estatal. Vaciada de todo viso de trascendencia, la cultura jurídica de occidente, no puede ya evitar perder su atávica potencia inmanente. Y como consecuencia de ello, está visto, se produce también una transformación en las fuentes de legitimidad al interior de la maquinaria estatal. Lo que ha venido sucediendo hasta ahora, luego, es que las instituciones del Estado, por medio del gobierno, apenas si pueden ser reconocidas como estructuras técnicas, dispuestas para una más o menos benigna dominación. Eso es todo. Y como eso es todo, es un hecho que el autogobierno resultaba y sigue resultando una entelequia; que la idea de bien común, una quimera. En pocas palabras, no nos es posible rescatar límites normativos siquiera desde la Constitución. Vanamente y a tientas, apenas si nos es posible ajustar reglas de convivencia a modos liberales de protección de derechos y libertades privados. Con favorables y negativas consecuencias, las impersonales formas capitalistas de acumulación de la renta, en ese contexto, han logrado imponerse ecuménicamente.

En síntesis, el monopolio legítimo de la fuerza estatal, en verdad, ha sido la consecuencia de un proceso histórico que terminó consolidando un sentido político de responsabilidad, identidad y discursividad públicas en occidente. Eso entró en crisis. En Weimar esta crisis se volvió patente. Y a propósito, un dato fundamental. La idea del Estado, en Europa, se había desarrollado más allá de la filosofía política; había trascendido la crónica de sus vínculos temporales con los diferentes espacios geográficos de la región. La noción de Estado, heredera de la experiencia histórica de Europa, con más precisión, se había erigido sobre una certeza básica. Esta indicaba que la paz interna -y eventualmente externa- en una comunidad de sujetos diversos -con deseos, intereses y creencias más o menos divergentes-, solo era factible si una única voluntad estatal era capaz de prevalecer por sobre la voluntad de sus partes. A partir de Weimar, el ocaso de la fórmula interna de paz-westfaliana es amargamente percibido por autores como Schmitt.

## **6. Las ironías y las distracciones de la neutralidad liberal**

Los recursos retóricos que distinguen y subordinan la legalidad a la legitimidad o aquellos otros que inversamente subordinan las diversas pretensiones de legitimidad a una positiva legalidad, en verdad, nunca debieran perder de vista que, *ad-radice*, el Estado y el orden jurídico se implican. El Estado, el orden jurídico se subordinan recíprocamente por/con/a partir de la Constitución. Estado, orden jurídico y Constitución, en consecuencia, son términos necesariamente implicados y, naturalmente, cada uno de ellos cobra existencia y se actualiza por la presencia de los otros dos. Los contenidos normativos en general y las formas institucionales en particular, luego, son productos políticos incidentales de la voluntad constitucional que los formaliza. Las demandas de justicia, en esta inteligencia, pasan a ser figuras aspiracionales contingentes cuya sustancia o contenido acabado necesitan del

conflicto.<sup>199</sup> Más allá de ello, las luchas a partir de derechos o a partir de valores que enemistan a las personas, al fin y al cabo, son luchas que no pueden evitar tornarse políticas. En tanto disputas normativas que afectan a la Constitución, esto no puede ser de otra manera.

La obediencia a la Constitución es un elemento esencial en toda comunidad política civilizada. En esta idea, la Constitución, guarda una impronta existencial. Tan esencial y liminar son la existencia y la obediencia a la Constitución que, desde el plano teórico, su justificación formal no pueden ser objeto de controversia. Además, con algunas características, la Constitución era y sigue siendo la clave política que permite convalidar el conflicto, la disputa, la transitoriedad imperfecta de las soluciones de derecho que ella misma habilita. Finalmente, la Constitución dispone una plataforma institucional para la convivencia integrada de los disconformes. Es el sello invisible que anuda la obligación política y todo deber de obediencia a la ley y a la autoridad. Los contenidos de derechos y el sentido de la justicia pueden ser debatibles; todo es debatible en una comunidad política democrática. De todos modos, no puede ser debatible la necesidad misma de contar con una Constitución. Por eso, en este sentido, resulta muy problemático tanto mostrarse neutral como mostrarse parcial sobre el valor específico de sus contenidos esenciales. Ello es complicado. Y este es un problema central del constitucionalismo liberal. En el pensamiento de Schmitt, bajo ningún punto de vista es admisible que alguien pueda legítimamente mantenerse neutral sobre los contenidos de la Constitución. Mucho menos ello podría uno hacerlo con relación a la necesaria existencia y primacía de la comunidad política que se auto-constituye por la ley común; por la presencia de un Estado que la singulariza.

Es importante entender algo básico. Ellos -los disconformes y disidentes más radicales-, suelen rechazar ser percibidos como personas y colectivos humanos, sin raíces ni vínculos históricos de identidad o trascendencia. La mayoría de los disidentes que tienen ideas morales sustantivas - como *comprehensive moral views*-, en particular, advierten que la neutralidad estatal solo sirve para montar un refugio de caprichosos y solipsistas intereses individuales al cual ellos son ajenos. Y la cuestión se complica cuando verosíblemente los disidentes y disconformes radicales -que rechazan la neutralidad del Estado-, están en posición de imponer sus puntos de vista dentro de las instituciones representativas, administrativas y judiciales del Estado.

Habiendo dicho eso, entonces; con relación a las demandas de absoluta neutralidad -aun con respecto a la misma neutralidad-, se pueden distinguir dos ostensibles ironías o paradojas. Me refiero a dos plausibles ironías; vistas estas en función de las potenciales consecuencias en juego. Si con relación a la supraordinación de la neutralidad estatal/normativa que demanda cierto constitucionalismo (y casi todo liberalismo), la respuesta, por caso, fuere negativa, ineludiblemente, tal respuesta no puede evitar mostrar un flanco débil, contradictorio, cuanto menos hipócrita. Ello es así en tanto que la falta de preeminencia solo es posible por medio de una indolente deconstrucción de una moralidad humana sin valores dignos de ser defendidos - vgr: el de la neutralidad como garantía de la libertad y la igualdad-; todo lo cual, en verdad, no es otra cosa que una suerte de condena anticipada para los individuos que tienen que convivir dentro de un pluriverso caótico de consignas huérfanas, sin sustancia.

Ahora bien, si la respuesta fuera por la positiva, la crítica y los miedos que fueron introducidos por el pensamiento de Weber y Schmitt, parecen volverse aquí pesadillas o presagios irremontables. Desplazándonos de cierto cinismo o hipocresía implicados en la anterior postura, en esta tesitura, al situarnos voluntariamente neutrales con relación a la misma neutralidad, por ejemplo, estaríamos consintiendo una inadmisibles y resignada inercia sobre la fatalidad de nuestro fracaso como cultura constitucional. Quiérase o no, ante esta

---

<sup>199</sup> Sostengo que la justicia es conflicto y que los derechos constitucionales necesitan una teoría del conflicto para ser plausibles. A propósito ver Pablo Riberi "¿Que (no) son los derechos constitucionales?", en Julio Rivera (h), José Elías, Lucas Grosman y Santiago Legarre, coords. *Tratado de los Derechos Constitucionales*, (Abeledo Perrot, Buenos Aires 2014). 5-51

descomposición indiferente de muchos compromisos liberales con sus propios valores; en esta abulia cómoda, lo que en rigor de verdad ocurre, es que la neutralidad, impávidamente, es un salvoconducto para desbaratar la valoración igualitaria de algunos derechos en particular. Cuando ello sucede, pareciere, los mismos valores liberales que han permitido el éxito del constitucionalismo liberal, sucumben por defecto de su consagración. Y así, lamentablemente, el sentido democrático e igualitario de la neutralidad pasa a verse radicalmente amenazado en un mismo plano competitivo por otros agresivos valores, precisamente, que rechazan la importancia política de su consagración. En tal caso –he aquí la segunda ironía o paradoja-, para imponerse, la neutralidad liberal debe degradarse y con ello, debe resignarse a ser un paradigma regulador de la tolerancia de las mayorías; de los poderosos. En un orden constitucional compuesto por sujetos libres, iguales -y tolerantes-, la neutralidad del Estado no tiene más remedio que hacerse cargo de sus excesos y limitaciones. Dentro de un esquema hegemónico de intereses sin equilibrios ni equivalencias, en hipótesis contraria -y sin mayores compromisos democráticos-, la misma apenas si es una decisión estratégica del Poder consolidado para mantener una fachada de imparcialidad.

A guisa de conclusión, resulta poco probable que la ciudadanía pueda aislar y naturalizar los eventuales efectos negativos de la neutralidad cuando, a decir verdad, el valor práctico de la neutralidad está incardinado y subordinado a una no-neutralidad sobre su permanencia rectora. Sin embargo, pareciere, solo así es posible que potenciales repudios o cuestionamientos prácticos sobre el manso temple individualista que propone la ética mercantil y burguesa contemporánea, puede llegar a reducir y/o atemperar la queja de los disconformes severos que todavía controvierten su vigencia. Por caso, la de esos disidentes iliberales que no toleran la neutralidad del Estado sobre ciertas libertades y derechos vinculados a la expresión o a ciertas prácticas religiosas, por ejemplo.

## 7. Epílogo

Atento lo dicho, más allá de Weimar, ¿qué se puede decir?

Pues bien, que quedan sus lecciones. Las enseñanzas que dejó la frustrada República de Weimar, en resumidas cuentas, constituyen un capítulo central en la historia política y constitucional de nuestra civilización. En los pliegues de sus desencantos y vacilaciones, en aleatoria combinación, puede todavía uno encontrarse con un amasijo de razones, emociones e imponderables históricos. Este triple juego de elementos se manifestaron ostensibles e irreductibles en la antesala del autoritarismo más bárbaro que hubo de conocer Occidente. Con el telón de fondo de la disputa mantenida por reconocidos testigos, protagonistas y autores traídos a colación, claro es, resulta evidente que este trabajo ha intentado proponer la lectura de la crisis política-económica de esos años por referencia a lo que fueron dos temores básicos. Por una parte, el temor al desbaratamiento de las credenciales democrático-republicanas; el miedo a la disolución. Por otro lado, el temor a la frustración acaecida luego de los atropellos de los derechos individuales; el miedo a la libertad definitivamente enajenada.

Reitero: la crisis política y de gobierno, en esos años turbulentos de la nación alemana, fue la antesala de un proceso en pendiente de degradación institucional. En esas circunstancias, se revelaron de golpe y a un mismo tiempo un conjunto de abrumadores conflictos acuciantes. Al interior de los mismos, feroces pujas de Poder terminaron quebrando la alianza ideológica del temple liberal-republicano. En la crisis política y constitucional de Weimar, la supuesta armonía de la impronta liberal/republicana que había pugnado por encarnarse pacífica y coherentemente en la legalidad del derecho constitucional *weimariano*, estalló en pedazos.

Por eso, hay que mirar más allá de Weimar. Es que, naturalmente, con diverso grado de intensidad, estas desventuras y peligros se han ido luego repitiendo en distintas experiencias del mundo entero. La alianza aludida, tuvo y sigue teniendo muchos puntos de fricción. Los desbordes autoritarios, la banalización de la injusticia, la clausura de la soberanía popular, la

abulia disfrazada de neutralidad, el descentramiento de la identidad política de las comunidades que, sin embargo, siguen llamándose a sí mismas republicas y/o democracias; todos estos elementos, entonces, han terminado derramando un pesimismo práctico-moral; cuando no, nos ha arrojado a un vacío de equívocos teóricos. Sobre la conciencia de todo este concierto de desventuras y desafíos, en resumidas cuentas, ha versado este texto. Y la concentración de todas estas cosas, más allá de Weimar, es lo debemos percibir.