

Nº 13 - Vol. 1
Año 2023

REVISTA ACADÉMICA

I.E.S.P.Y.C.

*Instituto de Estudios
Sociales, Política y
Cultura*

ISSN: 2525 - 1600



USP.T

UNIVERSIDAD DE SAN PABLO - TUCUMÁN

IESPYC. Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura. Revista Académica.

N°13 – Año 2023-1

Tucumán, República Argentina.

ISSN 2525-1600

Editorial:

EDUSPT. 24 de Septiembre 476.

4000. San Miguel de Tucumán. Tucumán, Argentina.

Contacto: Informes@uspt.edu.ar www.uspt.edu.ar

Quedan expresamente prohibidas, sin la autorización correspondiente, la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento. El contenido de los trabajos, como así también los permisos para reproducción de figuras y tablas, es responsabilidad de los autores.

© Universidad de San Pablo-Tucumán

Queda hecho el depósito que previene la ley
Impreso en Argentina – Printed in Argentina

ISSN 2525-1600

Julio de 2023

AUTORIDADES DE LA REVISTA

DIRECTOR: Prof. Dr. Manuel Gonzalo Casas (Universidad San Pablo-Tucumán - Universidad Nacional de Tucumán)

SECRETARIO DE REDACCIÓN (Editor): Prof. Mg. Nicolás Salvi (Universidad San Pablo-Tucumán / Universidad Nacional de Tucumán / Universidad de Buenos Aires)

CONSEJO CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht)
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Armin von Bogdandy (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht)
Prof. Dr. Marc-Philippe Weller (Universität Heidelberg)
Prof. Dr. Alessio Lo Giudice (Università degli Studi di Messina)
Prof. Dr. Attilio Pisano⁹ (Università del Salento)
Prof. Dr. Daniele Velo Dalbrenta (Università di Verona)
Prof. Dr. Ivan Mifsud (Università ta' Malta)
Prof. Dra. Diana Ramírez (Universidad Católica de Oriente)
Prof. Neil Andrews (University of Cambridge)
Prof. Dr. Luis León Ganatios (Universidad Autónoma de Guanajuato)

CONSEJO ACADÉMICO

Prof. Dr. Juan Carlos Veiga (Universidad Nacional de Tucumán)
Prof. Dr. Diego J. Gantus (Universidad Nacional de Rosario - Universidad Nacional de Entre Ríos)
Prof. Dra. Gabriela Ippolito-O'Donnell (Universidad de San Martín)

COMITÉ EDITORIAL

Prof. Dr. Álvaro Pérez Ragone (Pontificia Universidad Católica del Perú / Universidad San Pablo-Tucumán)
Prof. Dra. Daniela Bardel (Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires)
Prof. Dra. Daniela López Testa (Universidad San Pablo-Tucumán / Universidad Nacional de Tucumán)
Prof. Dr. Felipe Calderón Valencia (Universidad de Medellín)
Prof. Dra. Fiorella Cademartori (Universidad Nacional de Tucumán / Universidad Nacional de Santiago del Estero)
Prof. Dr. Javier Ignacio Habib (Universidad San Pablo-Tucumán / Universidad Nacional de Tucumán)
Prof. Dr. Joaquín Garrido Martín (Universidad de Sevilla)
Prof. Dr. Juan Wahren (Universidad de Buenos Aires / CONICET)
Prof. Dr. Juan Pablo Murga Fernández (Universidad de Sevilla)
Prof. Dra. Lucía Federico (Universidad Nacional de Quilmes / Universidad Nacional de Tres de Febrero)
Prof. Dra. María Eugenia Marichal (Universidad Nacional del Litoral / CONICET)

PRESENTACIÓN

La Revista IESPYC es una publicación semestral que recoge los resultados de los trabajos de investigación de profesores e investigadores nacionales y extranjeros, que sean de interés para la comunidad en las áreas de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales. La misión de IESPYC es abordar temas multidisciplinarios de investigación y/o análisis que posean un interés regional, nacional e internacional. Las publicaciones pueden realizarse en español, inglés o portugués. La Revista, está puesta al servicio de la comunidad científica y académica en general (docentes, investigadores y estudiantes), dirigida tanto a la teoría o la práctica, que buscan profundizar en el conocimiento en las respectivas áreas de interés.

Evaluadores del Número 13, Volumen 1

Rosangel Mariela Álvarez Itriago. Universidad Simón Bolívar
(Venezuela).

Sergio Sebastián Barocelli. Universidad de Buenos Aires
(Argentina).

Lorena Bianchi. Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

Daniel Busdygan. Universidad Nacional de La Plata (Argentina)
/ Universidad Nacional de Quilmes (Argentina).

Ana Sofía Fares. Universidad Nacional de Tucumán
(Argentina).

Daniel Gorra. Universidad Nacional de San Luis (Argentina).

Leticia Lorenzo. Universidad Nacional de La Pampa
(Argentina).

Julián Ariel Madrid Moreno. Universidad de Mendoza
(Argentina).

Juliana Montesano. Université de Strasbourg (Francia).

Agostina Nucci. Universidad San Pablo-Tucumán (Argentina) /
Universidad Nacional de Tucumán (Argentina).

Angello Javier Peña Barrios. Observatorio de Derechos
Humanos de la Universidad de Los Andes (Venezuela) y
Universidad Autónoma de Coahuila (México).

Fabio Pistritto. Universidad San Pablo-Tucumán (Argentina).

Martina Lourdes Rojo. Universidad del Salvador (Argentina).

Ezequiel Valicenti. Universidad Nacional del Centro de la
Provincia de Buenos Aires (Argentina).

Índice

Artículos de investigación inéditos

- Constitucionalización, resignificación del derecho y filosofía del estado justo*
Mariano Manuel Bär..... 1-32
- Conflicto o consenso: La discusión en torno a la razón pública y sus límites*
Javier Fernández 33-54
- La facultad de las provincias para regular el plazo razonable de duración de los procesos penales, a la luz del fallo “Price”*
Agustina María Campero..... 55-95
- El enfoque de género como principio del debido proceso y la cuota de alimentos como resarcimiento de la violencia intrafamiliar: Sentencia SU-349 de 2022 de la Corte Constitucional de Colombia*
John Fernando Restrepo, Carolina Gómez y Paula Andrea Correa..... 96-118
- La capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Entre la necesidad de ajuste normativo del derecho común argentino y el peligro de la banalización de sus fundamentos*
Adriana Silvia Pérez 119-163
- La mutación del socialismo venezolano: análisis de la ley antibloqueo y ley de zonas económicas especiales*
Leonardo Favio Osorio Bohorquez 164-205

Ensayos

- El Insurtech: Del principio de la reparación plena a la prevención del daños*
Verónica Goldman..... 206-228

Traducciones

*El contrato como justicia conmutativa
voluntaria. Parte III*

James Gordley y Hao Jiang (Trad. Javier I. Habib) 229-274

Recensiones

*Gené, Mariana y Vommaro, Gabriel (2023): El sueño intacto de
la centroderecha y sus dilemas después de haber gobernado y
fracasado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI. 320
páginas. ISBN 978-987-801-219-3*

Hernán Schujman..... 275-281

CONSTITUCIONALIZACIÓN, RESIGNIFICACIÓN DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL ESTADO JUSTO

CONSTITUTIONALIZATION, RESIGNIFICATION OF THE LAW AND THE PHILOSOPHY OF THE JUST STATE

Mariano Manuel Bär¹
Universidad Católica de Santa Fe (UCSF)

Recibido: 05/02/2023 - Aceptado: 22/05/2023

Resumen: Si debemos hablar de “constitucionalización y convencionalización” del derecho común, es porque se ha producido un fenómeno, cualquiera sea, que ha implicado un cambio en el paradigma y la forma de entender y operar el Derecho y lo jurídico. Desde luego que, si esto es así, debemos indagar sus causas y consecuencias. En este trabajo, lo que se ha puesto de relieve es una propuesta filosófica que ve al Estado Constitucional de Derecho como una doctrina política o una filosofía del Estado justo. Es a partir de esta concepción que se trata de reconstruir una teoría neoconstitucional del derecho desde una perspectiva argumentativa, en el entendimiento que, aún como propuesta, brinda las mejores herramientas para trabajar con los elementos jurídicos constitucionalizados.

Palabras clave: Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo, Argumentación jurídica.

Abstract: If we must speak of “constitutionalization and conventionalization” of the law, it is because there has been a change, any change, which implies a new paradigm and a new way of understanding and operating the Law and the legal. Of course, if this is so, we must investigate its causes and consequences. In this work, what has been highlighted is a philosophical position for the Constitutional State as a political doctrine or a philosophy of the fair State. It is from this conception that it is a question of reconstructing a neo-constitutional theory of law from an argumentative perspective, in the understanding that even as a proposal it grants the best ways to work with constitutionalized legal elements.

Keywords: Constitutional State, Neo-constitutional theory, Legal argumentation.

¹ bar.mariano@gmail.com

I. Introducción.

Carlos Nino (2003) señaló que

Hay escritores que pretenden que sólo puede haber un único y verdadero concepto de derecho, y se enzarzan en graves meditaciones sobre la esencia de aquél, sin prestar atención al uso ordinario de la expresión y despreciando la estipulación de un significado para la palabra que sea teóricamente fecundo (p. 13).

Trayendo esta frase a colación no se hace ningún aporte novedoso, pero sí se tiene, a partir de ella, un disparador para lo que se pretende desarrollar.

Es que se asume una posición no esencialista del lenguaje y, por lo tanto, se debe buscar, antes que cualquier otra cosa, un acuerdo donde se comparta la idea de que los conceptos se construyen arbitrariamente entre los interlocutores. Esto es importante para que se esté seguro de lo que se quiere decir en todo momento.

El primer paso, entonces, va a ser abusar de la polisemia de la palabra para convenir un concepto de Derecho. En este caso se trata del Derecho como argumentación o como práctica argumentativa, lo que nos va a permitir asumir a lo jurídico desde una faz dinámica y pragmática.

Esta convención va a servir de cimiento. Y como nadie cimenta para no construir nada, a partir de allí se va a comenzar con la edificación de una teoría que no sólo permita identificar el contexto donde se desenvuelve la constitucionalización y convencionalización del derecho, sino, fundamentalmente, cómo lo hace, presentando, por último, una propuesta para materializar su modo de operar. Adelantando, eso sí, que a esta teoría se la va a llamar neoconstitucionalismo y que va a tener que enfrentar algunos problemas, como la búsqueda del objetivismo moral mínimo que permita reducir la arbitrariedad judicial y la habitual crítica de la objeción democrática.

La idea desde la que se parte –que se debe tener por asumida– es la insuficiencia de las teorías clásicas –positivismo y naturalismo– para dar respuestas a los complejos problemas de las sociedades actuales

Puntualmente en este trabajo se abordará al neoconstitucionalismo como propuesta para el Estado

Constitucional, a la vez que éste será entendido como una filosofía del Estado justo. Para ello, se repasarán sucintamente las características de este nuevo tipo de Estado y las implicancias que una determinada concepción del objeto Constitución tiene en las relaciones jurídicas y políticas.

Luego, nuestra teoría neoconstitucional va a tratar de escapar a la dialéctica tradicional de positivismo – naturalismo, a través de un no positivismo de corte pragmático donde la teoría de la argumentación jurídica es, ahora, la filosofía primera del derecho.

Esto se debe a que, como se verá, la conexión entre el derecho y la moral requiere de un objetivismo moral mínimo que sirva para que el derecho no se torne arbitrario. Este objetivismo, que será dado por el constructivismo ético, funciona a su vez como elemento unificador de distintas tesis en las que la construcción de esta teoría del derecho neoconstitucionalista está basada.

A riesgo de ser demasiado audaz, la propuesta se endereza a contribuir a la discusión sobre el neoconstitucionalismo.

Pero todo el cambio de constitucionalización y convencionalización del derecho, si está operando, implica también un profundo cambio de concepción del Estado y de la filosofía política que tradicionalmente lo inspiró: el liberalismo clásico. Ahora, el neoconstitucionalismo se va a presentar en otra de sus acepciones posibles, la del ya mencionado “Estado justo”.

El Estado justo es el Estado Constitucional, con todas sus características e implicancias, donde creo que existe mayor consenso entre los distintos autores que –llamándose neoconstitucionalistas o no– los reconocen en mayor o menor medida. La principal consecuencia de adoptar esta postura es, por cierto, el reconocimiento de la necesaria conexión entre derecho y moral, porque es a partir de este reconocimiento que el neoconstitucionalismo se abre paso para el desarrollo de sus demás postulados. También como teoría del derecho.

Lo que pretende ser interesante de este trabajo es descubrir cómo todos elementos se interrelacionan y actúan y, en su caso, y de haber logrado el objetivo, cómo se erige el neoconstitucionalismo como el modelo necesario para garantizar en mayor medida los derechos fundamentales de cada persona y también cómo es su forma de operar.

II. El Estado Constitucional y Convencional de Derecho y la filosofía del Estado justo.

Existen tantas acepciones del vocablo neoconstitucionalismo como formas de encararlo. Y esto va desde la negación de que pueda existir algo llamado neoconstitucionalismo, hasta la propuesta de pluralizar el término.

Dentro de toda la gama, Luis Prieto Sanchís (2010) distingue cuatro acepciones generales, en la que cada una de ellas obedece a problemas también diferentes. La que aquí me interesa es la que postula al neoconstitucionalismo como una “filosofía política o como doctrina del Estado justo”. En ella se parte de reconocer que el modelo de Estado justo es el Estado Constitucional de Derecho, denominación que contrapone su fuerza a la de Estado Legal de Derecho. ¿Pero qué es una y otra cosa?

El concepto de Estado Legal de Derecho surge desde la concepción liberal clásica del Estado. Es un Estado que actúa mínimamente y como guardián del cumplimiento de la ley, a la que se sujeta porque actúa como límite negativo. Esto se debe, o bien porque se trata de una aspiración política, o bien porque se exalta el valor de la seguridad jurídica, pero siempre se trata de una visión ideológica desde la que el Estado se justifica y se legitima (Gil Rendón, 2011).

Esta visión clásica se identifica con un modelo que se ha llamado positivista o paleopositivista² y, entre sus presupuestos fundamentales, encuentra la limitación de la actividad estatal por la legalidad, la garantía constitucional de los derechos individuales a través de su positivización y el control de la actividad estatal en cuanto no puede atravesar los límites de actuación constitucionalmente impuestos (Gil Rendón, 2011).

Esta versión del Estado implica, en cierta forma, una aséptica jurídica. Es decir, se concibe un Estado que se identifica plenamente con el derecho como dos caras de una misma moneda y que no se ve influido por ningún elemento extraño – como la moral– al derecho positivizado (Gil Rendón, 2011).

Bien señala Rodolfo Vigo (2010) que cada Estado de Derecho requiere de una teoría o filosofía que le sirva de respaldo teórico y orientación práctica. Para el Estado Legal de Derecho, esta teoría fue el iuspositivismo. Producto de ello son las concepciones del derecho que no incluyen elementos

² Es la denominación que utilizan, entre otros, Luigi Ferrajoli (Ferrajoli, 2010) y Paolo Comanducci (Comanducci, 2009).

morales y que sólo lo vinculan con lo institucional o sistémico, o con la vigencia o eficacia social. A lo que debe agregarse que “conforme a la epistemología que negaba el saber práctico, no hay espacio para que en el saber jurídico se reconozca la posibilidad de valorar o prescribir, y estas tareas quedaban confinadas a la irracionalidad o al voluntarismo emotivista”.

Distinta es la realidad del Estado Constitucional de Derecho. Este, por su parte, es el que hace referencia a un Estado cuyo sistema jurídico-político se encuentra atravesado por las normas constitucionales de forma tal que se condiciona no sólo la actuación del poder estatal con límites negativos, como en el Estado Legal, sino que además se obliga a una actuación estatal determinada que garantice la plena efectividad de los derechos fundamentales. También en este sentido quedan atravesadas la jurisprudencia, la doctrina, el desenvolvimiento de los actores políticos e, incluso, las relaciones sociales (Atienza, 2010; Guastini, 2009).

El Estado Constitucional de Derecho es una respuesta al Estado Legal de Derecho. La metateoría del neoconstitucionalismo, se afirma, es que la aplicación subsuntiva del derecho y su infabilidad técnica, el legicentrismo y el estatismo, propios del modelo paleopositivista y del Estado Legal de Derecho, resultan hoy insuficientes o, por lo menos, inadecuadas para lo que el Estado Constitucional requiere (Comanducci, 2009; García Figueroa, 2009b) en virtud de la complejidad diferente y mayor que originan los nuevos fenómenos políticos, sociales y económicos de la actualidad.

Ahora bien, si se admite que este cambio de paradigma estatal está operando en la realidad jurídica e institucional, entendiendo por “cambio” un transitar de una cosa o situación hacia otra que, en este caso, es desde el Estado Legal hacia el Estado Constitucional, es precisamente a ese movimiento que se lo denomina proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.

Riccardo Guastini (2009) señala que el concepto de constitucionalización del ordenamiento no es maniqueo, en el sentido que un Estado es Constitucional o no lo es, sin ningún tipo de matiz o progresión, sino que lo correcto es hablar de diferentes grados de constitucionalización.

Para precisar este concepto, desarrolló lo que denomina “condiciones de constitucionalización”, donde distingue aquellas condiciones que considera necesarias, sin las que la

constitucionalización no sería posible; de aquellas condiciones que considera suficientes, que suponen –de acuerdo con la intensidad con la que se manifiestan– estos distintos grados de constitucionalización.

Las condiciones necesarias son dos: la existencia de una “Constitución rígida” y “la garantía jurisdiccional de la Constitución”.

La rigidez constitucional es un concepto con el que el ordenamiento jurídico argentino está familiarizado, ya que supone la existencia de un documento escrito y protegido contra la legislación ordinaria, en el que además sus disposiciones son jerárquicamente superiores a las leyes y es el propio documento constitucional el que establece procedimientos agravados para su reforma.

Por su parte, la garantía jurisdiccional implica la existencia de mecanismos institucionales que permitan algún tipo de control sobre las leyes, vigilando su conformidad con la Constitución.

Tampoco la garantía jurisdiccional resulta extraña al ordenamiento argentino. Por el contrario, es una característica arraigada en el modo de operar el derecho y mucho más aún a partir de la incorporación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994. Puede recordarse, por ejemplo, como la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido adoptando desde el año 2001 un cambio en su doctrina llegando a reconocer la facultad de los jueces de poder realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad de las leyes de oficio y, en especial, el precedente “Rodríguez Pereyra” (CSJN, 2012).

No parecieran caber dudas sobre la existencia, en la Argentina, de las condiciones necesarias señaladas por Guastini para la constitucionalización –y convencionalización, claro está.

Ahora bien, el grado de constitucionalización y convencionalización es, en cierto sentido, “medible”. Aguiló Regla (2010) observa bien que

Es interesante darse cuenta de que el concepto de «Estado Constitucional» no es un concepto meramente descriptivo. El Estado Constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales. Es un concepto valorativo

–resultado de la función de ciertas exigencias ético–políticas– que sirve para evaluar los sistemas jurídico–políticos positivos (y entre éstos también a aquellos que cuentan con una Constitución rígida y regulativa) (p. 250).

Creo que esto también grafica de manera clara la dimensión dinámica del Derecho en el proceso de constitucionalización y convencionalización.

Entonces, cuando el análisis se refiere a las denominadas condiciones suficientes de constitucionalización, tenemos un parámetro de realización de la constitucionalización y convencionalización de un ordenamiento. En particular, Guastini (2009) reconoce que estas condiciones son la “fuerza vinculante de la Constitución”; la “sobreinterpretación de la Constitución”; la “aplicación directa de las normas constitucionales”; la “interpretación conforme de las leyes”; y la “influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”.

La fuerza vinculante se relaciona al contenido normativo de la Constitución. La Constitución ya no es únicamente para la organización del Estado, sino que incluye un catálogo normativo que se manifiesta con principios generales y disposiciones programáticas que dejan de tener un carácter meramente enunciativo de los objetivos políticos a los que se aspira y cuya instrumentación queda en manos del legislador. Estos principios generales y disposiciones programáticas son fuente del derecho que produce efectos por sí misma.

La sobreinterpretación constitucional, por su parte, refiere a la posición que los jueces y juezas, o cualquier órgano del Estado, sostienen al momento de interpretarla. Si la interpretación constitucional es restrictiva, “ninguna Constitución resulta completa: antes bien, cualquier Constitución no regula más que una pequeña parte de la vida política y social” (Aguiló Regla, 2010, p. 54). Si, en cambio, la interpretación es extensiva, es posible extraer de la Constitución una gran cantidad de normas implícitas que resultan idóneas para regular todo aspecto social y político, es decir, realizar una “sobreinterpretación” que, junto al carácter vinculante de la Constitución, deja sin espacio a la discrecionalidad legislativa en tanto toda decisión puede ser llevada al conocimiento judicial para decidir sobre su legitimidad.

Con relación a la aplicación directa de las normas constitucionales, si la función constitucional es moldear las

conductas sociales, sus preceptos pueden y deben aplicarse por los jueces de manera directa en cualquier tipo controversia. Asimismo, al ser los principios constitucionales de aplicación directa, la legislación sólo puede ser el desarrollo de los principios trazados constitucionalmente.

La interpretación conforme de las leyes, por su parte, hace referencia a la técnica interpretativa de las normas jerárquicamente inferiores a la Constitución, en tanto siendo susceptibles de distintas interpretaciones en relación con un caso concreto, la interpretación que debe elegirse es aquella que mejor se compatibiliza con los postulados constitucionales, evitando toda contradicción con ellos.

Por último, es condición suficiente de la constitucionalización del ordenamiento jurídico la influencia que la Constitución tiene sobre las relaciones políticas entre los órganos del propio Estado. Así, a modo de ejemplo, la posición que los jueces y juezas puedan tomar respecto de las llamadas cuestiones políticas no judiciales, los mecanismos previstos para solucionar cuestiones de competencias o atribución entre los distintos órganos constitucionales e, incluso, la introducción de argumentos constitucionales en la toma de decisiones políticas para justificar acciones. En definitiva, tiene que ver, en mayor o menor medida, con una dinámica constitucional en las relaciones de poder.

Luis Prieto Sanchís (2010) –y podría decirse, sin necesidad de audacia, que la generalidad de los autores–, auspician un pensamiento similar. Él resume como rasgos singulares del Estado Constitucional al “reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la Constitución”, la “rematerialización constitucional”, la “garantía judicial y aplicación directa de la Constitución” y la “rigidez constitucional”. Todos estos conceptos son fácil e intuitivamente asimilables a los desarrollos por Guastini.

Pero tampoco puede hablarse de un punto de quiebre definitivo que anuncie el paso del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho, ni tampoco es posible llegar a un grado máximo de constitucionalización y convencionalización que ponga tope al proceso. Más bien es posible que los ordenamientos experimenten, desde su propia dinámica social y política, marchas y contramarchas en el grado de constitucionalización y convencionalización y, por ende, en la realización del Estado Constitucional.

Ya en el plano valorativo, si el Estado Constitucional y el proceso de constitucionalización son vistos como algo bueno y positivo, el neoconstitucionalismo va a sistematizar los logros de ese proceso reconstruyendo el sistema jurídico desde una nueva perspectiva que se adecua a este modelo de Estado (Prieto Sanchís, 2010).

La novedad del neoconstitucionalismo como filosofía del Estado Justo, en palabras de Prieto Sanchís (2010), se resume en que

Justamente aquí reside la diferencia: el orden jurídico siempre ha incorporado normas sustantivas que pretenden decir a sus destinatarios qué es lo que pueden o no hacer; (...) ahora los destinatarios son también los poderes públicos, cuya conducta se expresa a su vez en forma de normas jurídicas cuya identificación exige apelar a conceptos morales. La moral incorporada a la constitución se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y Derecho se traslada al interior del orden jurídico como una divergencia entre Constitución y ley (p. 466).

Como reconstructor del sistema jurídico y político, también desde el plano iusfilosófico, el neoconstitucionalismo debe hacerse cargo de los contenidos y límites morales al derecho como una juridicidad indisponible (Vigo, 2010). Esta juridicidad indisponible que se identifica mayoritariamente con los derechos fundamentales y con los derechos humanos, juntamente con las demás características del Estado Constitucional –en particular con su efecto de irradiación, su garantía jurisdiccional y la interpretación conforme de las leyes–, no deja de presentar algunas dificultades de las que hay que hacerse cargo oportunamente.

Pero si el Estado Constitucional se identifica con un Estado justo,

También es bueno o justo contar con un Poder Judicial independiente encargado de fiscalizar ese sometimiento del poder al Derecho, pudiendo pronunciar la nulidad de cualquier decisión o norma que, tanto por

motivos formales como sustantivos, vulnere lo decidido por esa norma suprema; o incluso encargado de suplir al legislador en los casos en que éste no ha desarrollado las adecuadas garantías para un determinado derecho (Prieto Sanchís, 2010, p. 470).

O bien, “los derechos sostenidos por la fuerza normativa de la Constitución deben hacerse efectivos con ley, sin ley o contra ley” (Gil Domínguez, 2012).

III. El derecho (como argumentación) y el neoconstitucionalismo (como teoría).

Si el neoconstitucionalismo puede ser aceptado como una filosofía del Estado justo que se identifica con el Estado Constitucional, es posible partir de allí para formular una concepción del Derecho y una teoría neoconstitucional del Derecho que nos permita operar dentro de ese Estado justo.

En el primero de los casos, es posible adoptar la propuesta de Atienza en tanto propone, como enfoque posible de lo jurídico y del Derecho, una perspectiva argumentativa, en la que se pueda “ver el Derecho como argumentación (aunque, naturalmente, el Derecho no sea –no pueda ser– sólo argumentación)” (Atienza, 1999), partiendo de considerarlo como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos, por lo que se trata de “una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de la razón práctica” (Atienza, 1999).

Esta es una perspectiva que llama cuarto enfoque, reconociendo que en la tradición jurídica –especialmente en la continental– han predominado como perspectivas de abordaje del Derecho, el enfoque estructural–normativista, el enfoque realista o sociológico y el enfoque de idealidad.

Las teorías del Derecho que se desarrollan dentro del primer enfoque, claro está, se relacionan con las variadas formas de positivismo jurídico que asumen posiciones descriptivas del Derecho. En el segundo, adquieren trascendencia las teorías que se centran en el comportamiento humano. Y, por último, en el tercero, las teorías vinculadas al naturalismo que se centran en el deber ser del Derecho.

Una de las razones que justifica concebir al Derecho como argumentación es, en la idea del autor, que si en un Estado de Derecho –sea Legal o Constitucional– el poder está sometido a la razón, las decisiones de sus órganos deben ser racionalmente fundamentadas con algún criterio de objetividad. Y para que esto sea posible, es necesario que el Derecho aparezca bajo la forma de un razonamiento práctico justificativo (Atienza, 1999).

Para comprender mejor la idea, Atienza señala que en el Derecho o en cualquier acción humana existen razones que dan fundamento a las decisiones. Estas razones pueden ser explicativas, cuando se trata de dar razones de por qué y para qué se toma una decisión; o justificativas, cuando se dirigen a lograr que la decisión resulte aceptable. También en sus palabras,

Una cosa sería el proceso psicológico, sociológico, etc., mediante el cual un juez (o un conjunto de jueces: un tribunal) llega a tomar una decisión respecto a un determinado caso, y otra cosa la fundamentación que ofrece (de manera más o menos explícita) de la decisión. (Atienza, 2006)

Finalizando que el razonamiento jurídico no puede prescindir de razones explicativas –por ejemplo, la decisión se tomó porque es lo que al juez le parece justo–, pero siempre es, en último término, justificativo.

Ahora bien, si el Derecho es un instrumento de la razón práctica, no puede dejar de tenerse presente la unidad de esta última. La unidad de la razón práctica supone que el razonamiento práctico siempre es, en última instancia, un razonamiento moral. Y si bien Atienza deja en claro su posición contraria respecto de considerar al razonamiento jurídico como un caso especial del razonamiento práctico general, como sí lo hace, por ejemplo, Alexy, no niega que todos los tipos de argumentación jurídica pueden justificarse según las reglas del discurso moral (Atienza, 2017).

Sin embargo, creo que es posible que la concepción argumentativa del Derecho se inserte en la tesis de la pretensión de corrección y en la tesis del caso especial.

Estas tesis podrían resumirse de la siguiente manera: (i) el Derecho contiene una pretensión de corrección que obliga a decidir los casos jurídicos de la forma moralmente correcta, y se plantea en el discurso jurídico pero, a diferencia de lo que ocurre

en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas sean sin más racionales, sino sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas (Alexy, 2008); y (ii) que el razonamiento jurídico es un caso especial dentro del razonamiento práctico general, y su especialidad está dada por encontrarse sometido a límites institucionales como la ley, los precedentes y la dogmática jurídica (Alexy, 2017).

En esta síntesis, el Derecho como argumentación sirve de instrumento de la razón práctica, de la que es un caso especial, y ostenta una pretensión de corrección que se desarrolla dentro del contexto de justificación de las decisiones que toman los órganos de un Estado de Derecho Constitucional.

Esto permite adoptar una teoría neoconstitucionalista del derecho que se edifique siguiendo el camino de García Figueroa (2009a), para quien, a estos fines, es necesario escapar de lo que denomina elementos estructurales de la dicotomía positivismo–naturalismo. A partir de este momento la referencia al neoconstitucionalismo no es ya como filosofía del Estado justo sino como teoría del derecho, que no se excluyen, sino que, por el contrario, se complementan.

Esta propuesta sostiene que el neoconstitucionalismo como teoría tiene el deber de renunciar a desarrollarse en base a los elementos que conforman la dialéctica entre el positivismo y el naturalismo para enfocarse en los elementos que le permitan crear una teoría jurídica de corte mucho más pragmático.

Esta búsqueda comienza con el rechazo del esencialismo, lo que “significa que debemos renunciar a buscar la esencia del Derecho para conformarnos con propósitos más modestos, pero quizá más útiles” (García Figueroa, 2009a, p. 220). Esto implica preguntarse no ya qué es, sino el cómo funciona el derecho de los Estados Constitucionales.

Es un rechazo que “se halla en cierto modo implícito en el estudio del derecho desde una perspectiva argumentativa y distinta de su concepción como un mero sistema normativo” (García Figueroa, 2009a, p. 222) y produce un desplazamiento desde la teoría del sistema jurídico a la teoría de la argumentación jurídica.

Renunciar a buscar una esencia del Derecho es renunciar a una pretensión de universalidad, propia de las teorías del derecho positivistas o naturalistas. Por lo tanto, esta teoría neoconstitucionalista del derecho se propone como una teoría particular. Si se trata de una teoría particular con alcance general

o una teoría particular pura, podría ser otra discusión, pero la atención está centrada sólo, y únicamente, en los sistemas jurídicos constitucionalizados, es decir, en los modelos de Estado Constitucional. En otras palabras, intenta elaborar una teoría jurídica con relación a una concepción del Derecho de las tantas posibles, que además actúa en un tipo de Estado determinado.

Este neoconstitucionalismo se despoja de observar al Derecho como un objeto aislado y pone su énfasis en el carácter dinámico de la práctica argumentativa, al contrario de una teoría objetualista del derecho que procura establecer propiedades verificables en cualquier derecho y en cualquier Estado. Lo que se hace con el Derecho es abarcarlo desde su faz dinámica y desde el razonamiento jurídico como un objeto cultural, que así resalta la vinculación necesaria e inescindible entre los argumentos legales y extralegales a través de la argumentación jurídica y de la razón práctica.

También este neoconstitucionalismo busca escapar del dualismo jurídico y del monismo jurídico a través de un monismo práctico. Una especie de gradualismo entre la validez sustantiva y la validez formal de las disposiciones jurídicas. Con esto se quiere decir que el neoconstitucionalismo se expresa contemplando al discurso práctico como un continuo de argumentos que encuentra en sus extremos a los argumentos de un grado máximo de institucionalización y, del otro, los argumentos de un mayor grado de corrección.

Todos los elementos señalados para el abordaje de lo jurídico desde el neoconstitucionalismo como filosofía del Estado justo y como teoría particular del derecho, tienen la ventaja de poner de relieve la preponderancia de las razones por sobre el conocimiento especulativo, aunque, por supuesto, el conocimiento especulativo no se niegue ni se elimine.

Ahora bien, la unidad de la razón práctica requiere de un presupuesto necesario. Este presupuesto es la existencia de un objetivismo moral, aunque más no sea mínimo, ya que

Si no fuera así, esto es, si pensáramos que no cabe ningún tipo de objetividad en relación con el discurso que apela a valores morales, entonces lo que estaríamos haciendo es abrir un enorme hueco de arbitrariedad en la construcción de la teoría del Derecho y alentando también a una práctica jurídica (en especial la judicial)

abusiva, puesto que el ejercicio de su poder sería necesariamente arbitrario, ya que no cabe control racional a propósito de los valores (Atienza, 2017, p. 137).

Pero es un objetivismo moral que no necesariamente se confunde con el realismo moral y que se diferencia, tajantemente, con un absolutismo moral.

El objetivismo moral neoconstitucional es sometido a una discusión racional y supone una concepción falibilista de la corrección moral, por lo tanto, que asumimos que nuestro conocimiento de los valores morales no es perfecto.

Entre las diferentes alternativas para procurar el objetivismo moral mínimo es posible transitar el camino a través del constructivismo ético, involucrando a los interesados a través de reglas racionales de participación, para así proveerlo de mayores garantías (García Figueroa, 2019).

Carlos Nino (Nino, 1989) afirma que, entre el constructivismo ontológico de John Rawls, que identifica a la verdad moral con el resultado del consenso, y el constructivismo epistemológico de Jürgen Habermas, para quien el consenso es un instrumento para la búsqueda de principios válidos, existe la posibilidad de distintas combinaciones de tesis. Entre ellas, la del propio Nino.

Si podemos tomar esto, Nino entiende que la democracia – cuando se maximizan las condiciones de participación– posee un valor epistemológico como método que permite conocer los principios morales y se convierte en un sucedáneo del discurso moral.

Este discurso moral “es una práctica social dirigida a obtener consenso unánime acerca de ciertos principios que sirven de justificación última de acciones e instituciones” (Nino, 1989, p. 126).

Pero no siempre el discurso moral resulta efectivo, porque no siempre es posible la regla de la unanimidad. En tales casos, es necesario exigir lo que más se aproxime al consenso unánime que, de mínima, resulta de la simple mayoría. Y cuanto mayor sea el grado de adhesión, mayor será el grado de aproximación al discurso moral y la legitimidad de los principios morales a los que se acceden.

Por lo tanto, mientras el discurso moral es un procedimiento de justicia procesal pura perfecta, en el sentido que la validez de

sus resultados está supeditada al seguimiento de sus reglas, la democracia es un procedimiento de justicia procesal pura imperfecta, en tanto sus reglas implican un apartamiento del proceso ideal, pero, a la vez, constituye una forma regimentada de discusión cuando el discurso moral no es operativo.

La validez moral de las decisiones tomadas a través del procedimiento democrático, entonces, no es plena, sino que tendrá mayor o menor grado de validez según se aparte en mayor o menor medida de las reglas del discurso moral originario.

Por otro lado, Nino no desacredita la posibilidad de acceder a los principios morales de manera individual, pero la debilita al sostener que no resulta posible desprenderse de los propios intereses y, en consecuencia, elaborar los principios morales de manera completamente imparcial.

De lo que se trata es de brindar una herramienta para lograr construir, de manera racional y no arbitraria, un objetivismo mínimo que fundamenta la unidad de la razón práctica. La adopción de una postura constructivista, al recurrir a los participantes en un discurso, se refiere a un hecho contingente y reconoce nuestra propia contingencia, a la vez que le otorga un carácter dinámico (García Figueroa, 2009a).

Al mismo tiempo, el constructivismo no es un modelo monolítico, pero parece representar la mejor propuesta ética para guiar la argumentación jurídica en el Estado Constitucional, abandonando cualquier compromiso metafísico o religioso, convirtiendo a la moralidad en argumentación –es decir, en un procedimiento–, logrando que las normas sobre las que se apoya la argumentación jurídica encierren una pretensión de corrección común a la argumentación moral (García Figueroa, 2014b).

La idea de García Figueroa es que esto da cuenta de la transacción que, en esta teoría particular y pragmatista del Derecho, llevan adelante el constitucionalismo y el constructivismo. Ahora,

Por efecto de la constitucionalización de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales (más específicamente por la incorporación de contenidos morales), el Derecho se ha aproximado a la moral; y la moral, por efecto de la centralidad de las teorías éticas discursivas y en general constructivistas, se ha aproximado al Derecho. El constitucionalismo (en cuanto

teoría que sirve de cobertura para la justificación de la constitucionalización de los sistemas jurídicos) ha contribuido a moralizar el Derecho mientras paralelamente el constructivismo ético en su vertiente discursiva ha contribuido a juridificar la moral (García Figueroa, 2009a, p. 44).

Si se presta atención a todo lo que se dijo hasta este punto, se notará que una consecuencia clara es que el derecho normativizado del Estado Constitucional incorpora, a través del constructivismo ético, una dosis de dinamismo que se vuelve necesario en las sociedades marcadas por el hecho del pluralismo. En esta transacción, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho responde a un determinado momento histórico con sus específicas concepciones del Derecho mismo y de la moral, y se justifica sobre bases pragmatistas (García Figueroa, 2009a).

IV. Cómo opera la constitucionalización y convencionalización desde el derecho como práctica argumentativa.

1. Los elementos jurídicos para operar el derecho constitucionalizado

Es intuitivamente obvio que el Derecho opera con normas jurídicas en sentido amplio. Si así no lo fuera, tampoco hubiese sido correcto hablar del Derecho como un caso especial del discurso práctico general. Pero lo que me interesa resaltar ahora es que, en el Estado Constitucional, el derecho opera con la Constitución –y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a ella– como fuente directamente operativa por el efecto de erradicación al que ya se hizo referencia. Pero todavía queda tomar posición sobre el tipo o modelo de Constitución de los Estados Constitucionales.

Paolo Comanducci distingue cuatro posibles modelos de Constitución, entre los cuales me interesa particularmente el denominado modelo axiológico de Constitución como norma. En este modelo, la Constitución designa

Un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico

y/o jerárquicamente superiores a otras reglas) (...) «con la condición de que posean determinados contenidos a los que se atribuye un valor específico» (Comanducci, 2007, p. 44)

Este valor específico atribuido al contenido de la Constitución es lo que la distingue de otros documentos normativos y, en especial, de la ley. Y si bien es cierto que también es posible identificar corrientes del neoconstitucionalismo que adoptan un modelo descriptivo de Constitución como norma³, personalmente no creo que sea posible un Estado Constitucional donde la relevancia constitucional está dada únicamente por su jerarquía dentro del ordenamiento jurídico sin otorgar ningún “valor específico” a los principios que contiene.

Los principios que contienen las Constituciones del Estado Constitucional son materializaciones de valores que, en cuanto tales, están estrechamente relacionados con la moral. Esto exige un particular método de interpretación constitucional distinto del de la ley.

Adoptando un modelo axiológico de Constitución como norma, toda la legislación es una actuación de la Constitución y, por lo tanto, debe ser interpretada a la luz de sus contenidos. Sus principios, que no necesariamente se formulan de modo expreso, pueden reconstruirse tanto desde el texto como con su prescindencia. La relación entre la Constitución y la democracia opera en un doble sentido: por un lado, existe una relación necesaria entre la democracia como isonomía y la Constitución, por lo que no puede existir Constitución sin democracia, ni democracia sin Constitución. Por otro lado, es la misma

³ El modelo descriptivo de Constitución como norma, al igual que el modelo axiológico de Constitución como norma, “designa, en esta acepción, un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento que, respecto a las otras reglas jurídicas, son fundamentales (es decir, fundantes de todo el ordenamiento jurídico y/o jerárquicamente superiores a otras reglas)” (Comanducci, 2007), pero a diferencia de éste, no posee contenidos a los que se les otorgue un valor específico. Una Constitución concebida de esta forma sólo significaría, en su interpretación, una relación de grado respecto de la ley e imposibilitaría una lectura moral de la misma. Como se va a ver más adelante, esta posición si bien representa la unidad del discurso jurídico, no hace lo propio en relación al discurso práctico y, desde la posición concebida en este trabajo, se entiende que la unidad del discurso jurídico y del discurso práctico no pueden fragmentarse. Como sostenía Carlos Nino (2014), y se verá, hablamos de la “no insularidad del discurso jurídico”.

Constitución la que limita a la democracia y a la regla mayoritaria.

Comanducci, en lo que aquí interesa, sostiene que la Constitución

Abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral, en un doble sentido: 1) los principios constitucionales son principios morales constitucionalizados; y 2) la justificación en el ámbito jurídico (sobre todo la justificación de la interpretación) no puede dejar de recurrir a principios morales (Comanducci, 2007, p. 53).

Así planteada la cuestión, también debo dar la razón a la crítica de Pozzolo (2010) al neoconstitucionalismo como teoría, porque tomar partido por un modelo axiológico de Constitución como norma, la teoría del neoconstitucionalismo debe abandonar su pretensión descriptiva del objeto Constitución y reconocer su carácter performativo, ya que el neoconstitucionalismo, sincerándose, no parte del objeto Constitución sino de un modo de concebir el objeto Constitución.

También hay que decir que es cierto que el llamado neoconstitucionalismo formalista no define ni intenta establecer cuáles son los contenidos sustanciales exigibles, cuya determinación queda en cabeza del Constituyente, por lo que también postula en su tesis la separación entre el derecho y la moral (intrínseca y objetiva). Pero no es menos cierto que no desconoce la existencia de un plano ético, aunque lo ubique fuera del concepto de Derecho (Gil Domínguez, 2009).

Más allá de ello, el neoconstitucionalismo –tanto formalista como ético– resignifica el rol de la ciencia jurídica que ya no sólo debe ser descriptiva de su objeto, sino que, además, pasa a ejercer una función crítica y práctica (Gil Domínguez, 2009).

Entonces los elementos con los que se opera en el Estado Constitucional a través de la teoría neoconstitucional del Derecho son, fundamentalmente las reglas y los principios constitucionales que, con relación al resto de la normatividad de un ordenamiento jurídico, poseen un valor especial.

Si aceptamos que estas reglas y principios con un valor especial se combinan con la fuerza vinculante de los contenidos constitucionales, estamos dando un paso más hacia un método que nos permita operar el derecho del neoconstitucionalismo.

2. *El neoconstitucionalismo y el Derecho en acción.*

Con todo lo que recogimos hasta este momento –es decir, que el Derecho es una práctica argumentativa y que el neoconstitucionalismo es una teoría particular para el Derecho del Estado Constitucional que va a operar, principalmente, con reglas y principios constitucionales a los que les va a dar algún valor axiológico especial–, la pregunta es por el tipo de argumentación jurídica de este neoconstitucionalismo. Dicho de otra manera, la pregunta es sobre cómo se van a dar razones en el plano justificativo de que las decisiones tomadas son conformes a una filosofía del Estado justo.

Así como fue seguida la teoría razonable y abierta del Derecho de García Figueroa (2019), también será seguido el desarrollo que consecuentemente nos propone para la argumentación jurídica en un Estado Constitucional.

Lo primero para tener en cuenta es que si bien, en general, el neoconstitucionalismo mantiene una tesis fuerte de distinción entre normas y principios, la intención nuestra será la de sostener que las normas jurídicas cuentan con una propiedad disposicional a ser derrotables, y esto vale tanto para unas como para otros.

Los principios juegan un papel de eficacia extensiva sobre el ordenamiento jurídico (García Figueroa, 2010), desde que el Estado Constitucional se encuentra totalmente impregnado por las normas constitucionales (Atienza, 2010; Guastini, 2009) que irradian su contenido a todo el ordenamiento jurídico.

Pensemos ahora, si se quiere, en el artículo 1° del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina que sostiene que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. También pensemos en su artículo 2°, que establece que “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”. Y además pensemos en la misma Constitución Nacional cuando en su artículo 31 dispone que “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

Con estas incorporaciones al derecho común y con el principio de supremacía constitucional, el discurso jurídico presenta su unidad o, si se quiere, su no insularidad (Nino, 2014), a la que como veremos, se le añade el razonamiento práctico.

Ahora tenemos en las propias disposiciones civiles, directrices hermenéuticas que mandan a incorporar los principios en la interpretación de la legislación común. Como bien sostienen Chaumet y Meroi, “El 'nuevo código' asume estas características de constitucionalización del derecho y de una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios y directrices” (Chaumet & Meroi, 2016). Este es el elemento que, además, va a darle a nuestra propuesta argumentativa una legitimación normativa.

Veamos ahora, entonces, cómo juega la regla hermenéutica señalada en torno a la propiedad disposicional de las normas a ser derrotables.

Siguiendo dentro del ámbito del derecho común, y ensayando una especie de paráfrasis del ejemplo que nos brinda García Figueroa (2010), podemos preguntarnos por la regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial de la Nación que prohíbe, excepto que una ley local disponga otra cosa, que en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros.

Este tipo de normas, que divide el universo de manera binaria –más de tres metros, menos de tres metros–, si es tomada desde una aplicación formalista no presenta mayores problemas. La norma se cumple o no se cumple y cada una de estas posibilidades tiene una consecuencia ineludible. Incluso en la misma norma encontramos su única excepción, determinada *ex ante*, para una aplicación subsuntiva sin mayores inconvenientes –la norma local que pudiera establecer otro criterio–.

Pero nosotros nos queremos mover dentro del Estado Constitucional que, sabemos, reclama una legitimidad sujeta a exigencias prácticas de justificación. Y supongamos, como hipótesis, la siguiente pregunta ¿qué ocurre si se ha abierto una ventana a 2,98 metros del inmueble lindero y ésta es la única posibilidad de ventilación de un hogar en el que vive una madre soltera, con muchos hijos e hijas, entre los cuales algunos poseen graves problemas de salud y en situación de indigencia? ¿Sería razonable que la autoridad estatal que deba decidir sobre la apertura de esa ventana pueda desentenderse de otros

principios que evidentemente deberían operar más allá de la normatividad expresa de la ley?

En este caso parece razonable poder invocar distintas disposiciones como el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (“la ley establecerá [...] el acceso a la vivienda digna”), el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (reconoce el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure [...] en especial la alimentación, el vestido, la vivienda”), el artículo 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (los Estados parte “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”), entre otras, y si sólo consideramos el caso desde el derecho a la vivienda. Porque la situación descripta, claro está, podría invocar aún más principios constitucionales y convencionales.

La alternativa del neoconstitucionalismo y de la adopción de la tesis de la derrotabilidad, permite que estos principios y la regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial se reformulen como una nueva norma integrada por ambas disposiciones y escapar de la fragmentación del discurso jurídico que implicaría la aplicación aislada de la regla del artículo 1978.

Entonces, la norma N1 podría redactarse así: “En los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros, salvo cuando la prohibición vulnere el derecho a la vivienda digna”.

Esto demuestra dos cosas. La primera es el efecto irradiación de los principios en un ordenamiento constitucionalizado. La segunda, consecuencia de la primera, es la unidad del discurso jurídico que ese mismo efecto irradiación genera.

Ahora bien, N1 se ha convertido en una nueva regla. Y si los principios forman parte de la norma N1, construida también con la regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial, resulta que N1, también podría ser derrotable. Lo que se está sosteniendo es que, en un ordenamiento constitucionalizado todas las normas lo son.

Por ejemplo, a la norma N1 se le podrían seguir incorporando nuevos enunciados que fueran alternando la polaridad del consecuente y aquí reside, en efecto, la disposición a la derrotabilidad. Esto trae otra consecuencia que es que no existe posibilidad de clausura total de la norma.

Pero también puede ocurrir que la disposición normativa deba construirse no ya en base a una regla y un principio, sino con dos principios o más. Los principios

No dividen el universo de casos relevantes en dos partes para asignar consecuencias jurídicas a los supuestos situados a uno y otro lado de esa línea nítida. Más bien se trata de una orientación que debemos seguir como hacemos con ciertas máximas morales que ni siquiera sabemos muy bien en qué casos habrán de ser aplicadas. (García Figueroa, 2010, p. 196).

Aquí hay otra pauta que podemos valorar y es que, si se considera que una norma jurídica es derrotable cuando las excepciones a su aplicación no se pueden determinar de manera exhaustiva *ex ante*, es decir, al momento de ser concebido jurídicamente –como sí ocurre con la referencia a la legislación local en el caso del artículo 1978 del Código Civil y Comercial–, entonces los principios lo son.

En el caso de los principios, García Figueroa recurre a un conocido ejemplo de Robert Alexy sobre la lesión del derecho al honor a un oficial alemán parapléjico y su colisión con la libertad de expresión, ya que el hecho determinante de la lesión se produce a través de una publicación en la prensa escrita. El caso lleva el nombre “Titanic”, debido al nombre de la revista (García Figueroa, 2009a).

Larga historia hecha corta, la revista se había referido a un ex oficial alemán condenado por crímenes de guerra como “nacido asesino” y luego como “tullido”. El Tribunal Constitucional Federal Alemán entendió que llamarlo “nacido asesino” es una lesión leve del derecho al honor del oficial, y que, en este supuesto, la protección al honor no puede prevalecer sobre la lesión grave del derecho a la libertad de expresión invocado por la revista. Pero, por el contrario, haberlo llamado “tullido” sí constituye una lesión grave al derecho al honor y aquí la protección de éste prevalece sobre el derecho a libertad de expresión de la revista.

En el caso de los principios, se ve entonces que

Dado que tomamos en consideración la intensidad de la lesión de los derechos en conflicto, y que los ponderamos (...) no siempre que el derecho al honor de alguien es afectado, debe ser indemnizado y ello

porque las excepciones no pueden ser determinadas exhaustivamente *ex ante* en el sistema jurídico. La norma es derrotable. (García Figueroa, 2009a, p. 156).

Volviendo al caso de la ventana, el aspecto central en esta concepción sobre la derrotabilidad de las normas radica en comprender que la norma N1 se ha construido de tal forma que ahora la regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial no puede ser interpretada sin atender a los principios que han sido incorporados y que contienen el sintagma “vivienda digna”. Esto nos obliga a argumentar moralmente –de otra manera no es posible hacerlo– sobre el significado de “dignidad”. Consecuentemente, si debo argumentar moralmente los principios que constituyen N1 y condicionan la aplicación del artículo 1978 del Código Civil y Comercial, significa que no es posible argumentar la propia regla del artículo 1978 del Código Civil y Comercial sin argumentar moralmente.

De todo este camino argumental, resultan con claridad las tesis que fundamentan la argumentación jurídica que es propuesta en este trabajo, ambas conexas, como lo son la tesis del caso especial y la tesis de la eficacia irradiante. El debilitamiento de la distinción entre reglas y principios ha sido una herramienta útil para ello, si hemos asumido la derrotabilidad de cualquier enunciado normativo.

Pero, además, este camino pone de manifiesto la pretensión de corrección del derecho para buscar soluciones no solamente justas, sino también coherentes con la teoría del derecho neoconstitucional propuesta.

De todo este largo derrotero cabe destacar que surge no sólo la unidad del razonamiento jurídico –su no insularidad– sino también la del razonamiento práctico.

Por otro lado, creo importante hacer foco en la imprevisibilidad que surge de la aplicación de juicios prácticos. Por ejemplo, en la determinación conceptual de qué es vivienda digna y en la imposibilidad de determinar *ex ante* todas las excepciones posibles a la norma. Una vivienda puede ser digna para un tiempo y un lugar determinado y no para otro. Aquí adquiere importancia la transacción del neoconstitucionalismo entre el derecho rígido y la incorporación, a través del constructivismo ético de una dosis de dinamismo.

Ahora bien, también es necesario para esta transacción determinar “quién” decide lo que sea una vivienda digna y

“qué” propiedades deberán confluír en los imprevisibles casos futuros.

Con relación a quién decide, habiendo tomado como referencia el constructivismo ético de Carlos Nino, la respuesta no es otra que los participantes del discurso moral a través de un procedimiento racional. Con relación a qué propiedades influirán en los casos que pueden presentarse en el futuro, el principio del holismo de las razones nos indica que “una razón sólo puede determinarse en cada caso porque tal polaridad depende de la interacción de las diversas razones relevantes en el caso concreto y no podemos conocer qué constelación de razones se formará en el futuro” (García Figueroa, 2010, p. 197). En definitiva, ni el quién ni el qué es determinable de antemano, pero el carácter derrotable de las normas permite resolver la cuestión a través de razones prácticas.

Por otro lado, la razón práctica es también un instrumento para administrar la derrotabilidad de las normas. Si las normas son sometidas a la razón práctica general, son inteligibles y, por lo tanto, su aplicación se puede mantener “bajo control”. Y si esta razón práctica se concibe en términos constructivistas, seguir el procedimiento discursivo por parte de los participantes en el discurso garantiza la justicia del resultado.

Retomando la tesis de la pretensión de corrección como el razonamiento moral necesario cuando la decisión no puede adoptarse sólo con base en razones procedentes del derecho positivo, sino que es la guía racional para llevar adelante la labor de brindar justificaciones sobre bases éticas, se puede decir que “si el Derecho cobra sentido sólo en la medida en que lo contemplemos argumentativamente (en que sea operativo), entonces sólo manteniendo cierta corrección (manteniendo su disposición a ser empleada argumentativamente), podrá una disposición legal funcionar como jurídica” (García Figueroa, 2009a, p. 170).

Según la tesis de la pretensión de corrección, todo acto de habla normativo presenta una pretensión de corrección y no es posible formular juicios prácticos sin esta pretensión. Una norma sin pretensión de corrección incurre en una contradicción performativa que se da en su interior. Por ejemplo, piénsese que la norma sea “No piense en un elefante”, en cuyo caso por razones psicológicas sería imposible cumplir la norma sin incumplirla. O bien la sentencia que diga “la persona traída a juicio será castigada injustamente con prisión” (García Figueroa, 2014a, p. 213).

Alexy, en su tesis de la pretensión de corrección, utiliza el constructivismo ético para fundamentar teóricamente que el razonamiento jurídico se vincula al razonamiento práctico y, para ello, recurre a la teoría de Habermas. Con ella reconoce que todo acto de habla tiene un carácter performativo y que más allá de que los distintos actos de habla siguen distintas reglas, al fin y al cabo, todo acto de habla cuenta con una pretensión de validez, esto es, que exista una coherencia en lo expresado, de manera tal que la comunicación no sea deficiente por su propia contradicción. Esta es, además, la consecuencia de concebir al lenguaje como algo más que descriptivo, haciendo hincapié en su carácter pragmático. Y si volvemos la mirada al plano regulativo del lenguaje, la norma que presente este tipo de fallas conceptuales está desprovista de pretensión de corrección y no resulta operativa (García Figueroa, 2014a). Queda aquí también evidenciada la conexión conceptual del Derecho con la Moral.

En su momento dijimos que la tesis de la pretensión de corrección es el fundamento de la tesis del caso especial. El razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general que se especifica por su sometimiento institucional. Es decir, que, ante todo, el razonamiento práctico se da dentro de un orden.

El razonamiento práctico, desde el plano interpretativo y a partir de la adopción de una posición constructivista como la de Nino (2014), supone que los materiales jurídicos deban convertirse en proposiciones que permitan su uso en este tipo de razonamiento. A este proceso de asignarle significado proposicional a los materiales jurídicos para el caso, Nino lo llama “interpretación”, pero lo que interesa aquí no es desarrollar la teoría interpretativa de Nino sino presentar al constructivismo como material desde el que es posible amalgamar todas estas tesis que se han desarrollado.

V. No podemos huir de las críticas.

Oportunamente se dijo que la juridicidad indisponible del neoconstitucionalismo que fue presentado, se identifica mayoritariamente con los derechos fundamentales y con los derechos humanos y que, al relacionarse con las demás características del Estado Constitucional, presentaba una dificultad que debemos afrontar.

El dilema es que el ideal neoconstitucionalista presenta una tensión con la democracia, en tanto la ley es el producto institucional de la regla de la mayoría y, como vimos, puede ser

interpretativamente derrotada. Desde luego que circunscribir la democracia a la regla de la mayoría –algo que, por lo demás, no cuenta con muchos adeptos a esta altura– seguramente no pareciera ser la forma adecuada de abarcar la integralidad del concepto, pero es el punto que interesa destacar cuando se habla de objeción democrática.

El modelo de Estado Constitucional limita la posibilidad de producción del legislador a una Constitución que ha invadido casi todas las posibilidades de regulación. Pero, además, deja en manos de unos pocos jueces la decisión sobre la validez –formal y sustancial– de las leyes emanadas del Congreso. Y más aún, estos pocos jueces deben decidir en base a formulaciones de principios cada vez más abstractos e imprecisos, para lo cual se apartan del viejo método subsuntivo propio del positivismo para embarcarse en el método de la ponderación (García Figueroa, 2009b).

El primer problema que plantea la objeción democrática es el de la proliferación de principios y reglas constitucionales que vedan cada vez más la posibilidad de actuación legislativa. Pero no pareciera ser en sí mismo un problema en tanto ¿qué son los principios plasmados en la Constitución sino también una manifestación de la mayoría democrática? El hecho de existir mecanismos institucionales más gravosos para producir reformas en el texto constitucional no pareciera alcanzar la entidad suficiente como para ser una objeción fuerte, en tanto puede decirse que es una circunstancia que no escapa al propio pueblo que decide la incorporación de principios constitucionales precisamente teniendo en cuenta esa rigidez.

Pareciera que un problema mayor es el de la imprecisión de los principios constitucionales y, consecuentemente, la ampliación de la discrecionalidad judicial. Esta cuestión merece una mayor atención.

A esta objeción de carácter político, el neoconstitucionalismo responde con una reformulación teórica del Derecho y de su interpretación que, siguiendo otra vez a García Figueroa, puede resumirse en “máxima actividad jurisdiccional, pero nulo activismo” (García Figueroa, 2019), lo que también puede integrarse desde la perspectiva iusfilosófica como elemento del Estado Constitucional como Estado justo.

Esta respuesta teórica y metodológica implica, como se dijo oportunamente, adoptar una posición con perspectiva argumentativa del Derecho y considerarlo como una técnica para la solución de problemas prácticos.

Y si bien la propuesta argumentativa de Alexy quedará para otra instancia, porque lo que interesa señalar aquí es que las tesis del caso especial y de la pretensión de corrección, además de la toma de posición respecto al Derecho y su vinculación con la moral y del constructivismo ético como parámetro del objetivismo moral mínimo, nos da la posibilidad de encontrar una limitación, cuanto menos axiológica, pero con cierto grado de certeza, a la discrecionalidad de los jueces. Y esto es una forma de reconciliar al neoconstitucionalismo y al Estado Constitucional con el principio democrático a través de la argumentación jurídica. Si el Estado de Derecho exige razones en la toma de decisiones, el “déficit de legitimación democrática del juez se compensa así mediante un principio de legitimación argumentativa o racional” (Prieto Sanchís, 2010) y permite, dentro de un espectro de soluciones constitucionalmente posibles, la elección de aquella que en base a las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso logre la mayor realización de los derechos fundamentales (García Figueroa, 2019).

También hay que destacar que el Estado Constitucional pone de relieve la importancia de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales; y el resguardo de la Constitución del Estado Constitucional requiere que exista un mecanismo institucional que permita desligarla de la suerte que mayorías circunstanciales con poder político puedan hacerla correr. Los derechos fundamentales encierran, bajo una concepción realista, una fuerte contradicción: son profundamente democráticos y son profundamente antidemocráticos. Aseguran el desarrollo y la existencia de las personas y desconfían del proceso democrático (Alexy, 2009).

Quizás no con carácter decisivo, pero sí como elemento de mucho peso, el Estado Constitucional y el principio democrático concilian con un tipo de juez que, entonces, brinda razones. A decir de Alexy

Un Tribunal Constitucional que intente responder seriamente no pretenderá situar su concepción en contra de la del legislador, sino que más bien aspirará a una representación «argumentativa» de los ciudadanos por oposición a su representación «política» en el Parlamento. Cuando triunfa la representación argumentativa, triunfa la reconciliación. (Alexy, 2009)

VII. Consideraciones finales.

Recapitulando, se dijo que el neoconstitucionalismo es una filosofía de un modelo de Estado justo que se identifica con el Estado Constitucional de Derecho. También se dijo que entre los elementos que constituyen ese modelo de Estado se encuentran la existencia de normas constitucionales –reglas y principios– que están garantizadas jurisdiccionalmente y que se encuentran jerárquicamente por encima de las leyes, irradiando con fuerza vinculante a todo el ordenamiento jurídico, siendo de aplicación directa, y a cuya luz debe darse la interpretación de la ley.

La fundamentación iusfilosófica de estos fenómenos del modelo, siguiendo a Prieto Sanchís, fue que, si el Estado Constitucional se identifica con un Estado justo, también es justo que el Poder Judicial pueda fiscalizar la realización de las reglas y principios constitucionales aún, incluso, supliendo al legislador. O en su contra, sostuvimos oportunamente junto a Gil Domínguez.

Y ese Estado Constitucional y Justo que impregna de normas fundamentales y de derechos humanos a todo el ordenamiento jurídico y hace derrotables todas sus normas, necesitó de una teoría del derecho que le posibilite operar con los nuevos materiales jurídicos. Esta teoría neoconstitucional es argumentativa, porque ante la ampliación de la discrecionalidad pretende brindar razones de cómo y por qué se decide lo que se decide. Esta teoría, también, es argumentativa porque los principios constitucionales son principios morales y se exige, ahora, argumentar moralmente. Por eso, también, esta teoría se presenta como jurídica, pero como un caso especial del razonamiento práctico general que, además, tiene una pretensión de corrección. Y es, por último, apoyada por el constructivismo ético porque cree en el diálogo racional para alcanzar verdades morales que, cuanto menos, al ser aceptadas en un procedimiento regimentado y claro, posee un mínimo de objetividad.

Si bien se ha tratado de pintar a brocha gorda, es decir, que no se han podido profundizar cada uno de los aspectos abordados en este trabajo, espero que al menos sirva como un mapa que muestra una forma (de las tantas posibles) de pararnos frente al derecho del siglo XXI, que es el derecho de los derechos humanos y, por ende, el derecho de los Estados constitucionalizados. Porque también creo que le asiste la razón a Gil Domínguez cuando sostiene que

La fuerza normativa de la Constitución se proyecta al ordenamiento secundario (civil, comercial, penal, laboral, administrativo) de forma tal que este último sólo será válido en la medida que cumpla con los requisitos formales y constitucionales. Por dicho motivo, en un Estado Constitucional de derecho, no puede hablarse de un derecho de familia sino de un derecho constitucional de familia, ni de un derecho administrativo sino de un derecho constitucional administrativo, y así sucesivamente, con todos los ordenamientos secundarios (Gil Domínguez, 2009, p. 20).

Bibliografía.

- Aguiló Regla, J. (2010). Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y concepciones de la Constitución. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (1.^a ed., pp. 247-263). Trotta.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho* (1.^a ed.). Marcial Pons.
- Alexy, R. (2009). Los derechos fundamentales y Estado Constitucional democrático. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed., pp. 31-47). Trotta.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (3.^a ed.). Palestra.
- Atienza, M. (1999). El Derecho como argumentación. *Isegoría*, 0(21), 37-47. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.76>
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Ariel.
- Atienza, M. (2010). Constitucionalismo, Globalización y Derecho. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 264-281). Trotta.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.
- Chaumet, M., & Meroi, A. (2016). Constitucionalización del derecho y recodificación del derecho privado: ¿será en definitiva el derecho solo el juego de los jueces? *Jurisprudencia Argentina*, 8.
- Comanducci, P. (2007). Modelos e interpretación de la Constitución. En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo* (pp. 41-67). Trotta.
- Comanducci, P. (2009). Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed., pp. 75-98). Trotta.
- CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”.
- Ferrajoli, L. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.

- García Figueroa, A. (2009a). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Trotta.
- García Figueroa, A. (2009b). La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed., pp. 159-186). Trotta.
- García Figueroa, A. (2010). Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 185-207). Trotta.
- García Figueroa, A. (2014a). ¿Hacen los jueces justicia? Sobre principios y reglas. En M. Gascón Abellán (Ed.), *Argumentación Jurídica* (pp. 192-220). Tirant lo Blanch.
- García Figueroa, A. (2014b). ¿Qué justicia hacer? El constructivismo ético o la moral como argumentación. En M. Gascón Abellán (Ed.), *Argumentación Jurídica* (pp. 317-341). Tirant lo Blanch.
- García Figueroa, A. (2019). En defensa de “neoconstitucionalismo” y del neoconstitucionalismo. *Revista i-Latina*, 1.
- Gil Domínguez, A. (2009). *Escritos sobre neoconstitucionalismo*. Ediar.
- Gil Domínguez, A. (2012). Estado Constitucional de Derecho. *La Ley*, C-385.
- Gil Rendón, R. (2011). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid iuris*, 12, 43-61.
- Guastini, R. (2009). La «Constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (4.^a ed., pp. 49-73). Trotta.
- Nino, C. S. (1989). *El constructivismo ético*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Astrea.
- Nino, C. S. (2014). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Siglo veintiuno.
- Pozzolo, S. (2010). La concepción neoconstitucionalista de la Constitución. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 165-184). Trotta.

Prieto Sanchís, L. (2010). Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos). *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 461-506.

Vigo, R. (2010). Del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional. *La Ley*, A-1165.

**CONFLICTO O CONSENSO:
LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA RAZÓN
PÚBLICA Y SUS LÍMITES**

**CONFLICT OR CONSENSUS:
THE DISCUSSION AROUND PUBLIC REASON
AND ITS LIMITS**

Javier Fernández¹
Universidad de Chile

Recibido: 01/02/2023 - Aceptado: 04/04/2023

Resumen: El presente texto pretende ensayar una clave de lectura desde un prisma teórico en torno al concepto de razón pública de John Rawls en su primer tratamiento en *Liberalismo Político*. Se propone que este limita las capacidades mismas de la democracia, estableciendo previamente ciertas consideraciones de lo razonable prescindiendo del componente conflictual inherente a lo político. Basados en las hipótesis agonistas y conflictuales de la teoría política contemporánea, proponemos un recorrido sobre el pensamiento de Rawls para tensionarlo desde esta última a fin de elaborar posibles recorridos que permitan entender la constante reactualización de la noción de lo bueno en la sociedad, a la vez que se observarían las dificultades de posibilitar una buena representación en marcos previamente delimitados de lo razonable. Concluimos que una visión agonista del conflicto que ya ha sido relevada por representantes de este pensamiento puede devolver la necesaria reflexión, rescatando los aportes de la teoría rawlsiana, a la vez que se hace cargo de sus límites.

Palabras Clave: Razón Pública, Agonismo, Rawls, Liberalismo Político

Abstract: This text aims to be an essay from a theoretical perspective on John Rawls' concept of Public Reason in *Political Liberalism*. It is proposed that this limits the very capacities of democracy, previously establishing certain considerations of reasonableness, disregarding the conflictual component inherent to the political. Based on the agonistic and conflictual hypotheses of contemporary political theory, we

¹ jfernandezb92@gmail.com. Becario ANID Magíster Nacional n° 22210922. El autor agradece al Dr. Juan Ormeño por los comentarios realizados al presente trabajo.

propose a revision through Rawls' thought to stress it from the latter in order to elaborate possible paths that allow us to understand the constant updating of the notion of the good in society, while observing the difficulties of enabling a good representation in previously delimited frames of reasonableness. We conclude that an agonist vision of conflict, which has already been highlighted by representatives of this thought, can bring back the necessary reflection, rescuing the contributions of Rawlsian theory, while at the same time taking into account its limits.

Key words: Public Reason, Agonism, Rawls, Political Liberalism.

Introducción

Para nadie es un misterio, y es casi un lugar común, que la publicación de *Teoría de la Justicia* (TJ) de John Rawls, significó una reactivación de la filosofía política, toda vez que la misma conllevó a que el debate en torno a la justicia adquiriera nuevos tintes y estableciera la pregunta que esta tiene en la conformación de las sociedades.

Tanto a favor o en contra, el debate suscitado por Rawls desembocó en que la pregunta sobre una sociedad con varios puntos de vista competitivos entre ellos fuera cómo elaboramos una teoría de la justicia tal que pueda ser aceptada por todos (Rawls, 2012). Aquella, con matices más o menos, deriva en gran parte de los elementos en que la teoría política ha oscilado hasta la actualidad.

No obstante lo anterior, sería el mismo autor quien posteriormente se hará cargo de las críticas recibidas en torno a su obra magna, dado que a esta se le espetaría la misma carga de presencia de una doctrina comprensiva, a diferencia de lo que Rawls diría que una Teoría de la Justicia debía de evitar. Por lo tanto, con la posterior publicación de *Liberalismo Político* en 1993, se procedería a suplir dicha falencia en la articulación y concretización de su propuesta en los cánones de la democracia contemporánea como alternativa viable.

Sobre este “último Rawls”, es que el concepto de razón pública reviste uno de los intereses más fuertes, ya que el mismo se articula como centro de una propuesta que aduce la posibilidad de configurar elementos consensuales que permitan un concepto de Justicia y, en el mismo plano, establecer un

sistema funcional que se haga cargo del conflicto inherente a la sociedad. Dicha propuesta, se constituiría como un elemento básico que establece un catálogo de consideraciones mínimas para la discusión que los participantes de la sociedad y, más particularmente las instituciones y los representantes, se comprometen a seguir con prescindencia de sus propias sensibilidades -o doctrinas comprensivas en términos rawlsianos- (Rawls, 2006).

Desde esa lógica, es que no han sido pocas/os quienes desde la publicación de *Liberalismo Político* han entrado a un debate frontal con este. Por un lado, autoras como Chantal Mouffe (1998; 2006) han señalado que la propuesta rawlsiana de la razón pública, no solo sería una restricción para la democracia, sino que también, para la existencia de lo político al prescindir del componente emocional que debe tener en sí misma la política. En un tono menos crítico, Urbinati (2017) señalará que el soslayo del componente conflictual en el arreglo institucional, desemboca necesariamente en una ausencia de la capacidad democrática real al ausentarse el elemento beligerante que necesita la sociedad política, aun cuando la conformación de componentes consensuales es básica en su estructuración.

Con esto, los debates en torno al concepto de razón pública ostentan uno de los elementos más interesantes en el pensamiento político contemporáneo, principalmente por si efectivamente deben articularse nociones básicas e incuestionables para el funcionamiento democrático o, por el contrario, debe considerarse una apertura total al momento del arreglo institucional. Esto, en cuenta que la misma teorización de la razón pública tendría dispositivos concretos de funcionamiento en el orden constitucional.

Bajo dicha premisa, es que el presente texto pretende apostar a una lectura en torno al concepto de razón pública en su teorización de 1993, cuyo centro sea su cuestionamiento desde las posturas más conflictuales de la teoría política contemporánea (llamada por algunos como agonista). Nuestro objetivo, es demostrar que desde la lógica rawlsiana existirían nociones restrictivas para la radicalización de la democracia advertidos también por teóricas actuales, por lo que sería necesario ponderar la propuesta desde *Liberalismo Político*.

A fin de cumplir esto, es que en un primer momento presentaremos los elementos básicos de la razón pública tal y como fueron considerados por Rawls. Posteriormente, procederemos a evidenciar algunos cuestionamientos existentes

en parte de la literatura actual en torno a la filosofía rawlsiana, revisando cómo la lógica de la razón pública debe ser ponderada rescatando ciertos elementos de acuerdo entre las partes pero que nunca puede ser una discusión cerrada para, finalmente, concluir con lo que creemos que tiene que ser el rescate de una razón pública que no se comprende desde lo consensual, sino desde que la lógica social agonista y conflictual.

El objeto de nuestro trabajo ha sido tratado tan profusamente como un autor de la talla de John Rawls puede ostentar. Sin embargo, de la misma forma como proponemos, es decir, que la discusión no puede cerrarse en ningún momento, sabemos que no todo está dicho sobre este autor. Creemos que las reflexiones en torno a este tema son en sumo fundamental, toda vez que los mismos han tenido una revitalización en los últimos años con la aparición de nuevos movimientos y luchas en todo el mundo. Por ello, volver sobre dicho concepto puede ser en sumo útil para pensar nuevas categorías políticas.

Sobre la razón pública

Hablar del Rawls de *Teoría de la Justicia* ([1971]2012) no es lo mismo que hacerlo desde *Liberalismo Político* ([1993] 2006). Aun cuando su propuesta en torno a la generación de un concepto de justicia que sea transversal e independiente de las posiciones que cada uno ostente ha cruzado su obra, la necesidad de que esta se configure por sobre las subjetividades propias de cada uno es parte central de la búsqueda de este “último Rawls” como meta de una teoría política concreta (Aranda, 2003). Esto se manifiesta

“En el explícito reconocimiento por su parte de que la teoría contenida en su anterior libro era una teoría moral comprensiva y, por sus excesivas demandas morales, no podía aspirar a los atributos de neutralidad política ni disfrutar de las ventajas de una teoría ‘independiente’” (Quintana, 2014: 81).

En ese marco, la configuración de una organización política sustentada en una racionalidad neutral y que permitiese conformar un marco común de acción, fue parte central de su *Liberalismo Político* y que llevó a la articulación del concepto de razón pública como elemento básico de la sociedad. De acuerdo con este, “la razón pública es característica de un pueblo democrático: es la razón de sus ciudadanos, de aquellos

que comparten la calidad de ciudadanía en pie de igualdad” (Rawls, 2006: 200).

Esta igualdad se convierte en uno de los elementos centrales, toda vez que la misma se compone del estatuto jurídico básico al que aspira el autor al considerar a la razón pública como elemento de la democracia, sistema que considera como constitutivo de su propuesta. En dicho sentido, si se construye a partir de la razón pública, es porque se da por supuesto el sistema democrático como regente en la sociedad y, por ello, a los participantes en una igualdad de condiciones. De esta forma

“La libertad y la igualdad aparecen así vinculadas específicamente al ciudadano democrático, es decir a la persona investida de un estatuto político. Pero el ciudadano no es sino la persona investida de derechos políticos para participar en la esfera pública. Por esta razón, en definitiva, se trata aquí de una concepción política de la persona” (Godoy, 2001: 41).

Esta consideración se sustenta principalmente en que, como ejercicio democrático, la razón pública se opone al ejercicio solitario del poder. Por el contrario, se conformaría como acción colectiva, que articula un quehacer transversal que apunte a prescindir de concepciones individuales o que representen solo a un sector de la población y se doten de una voluntad mayoritaria (Restrepo, 2012).

A fin de que ello sea posible, dice el mismo Rawls, es necesario que se separen del ámbito personal y, por el contrario, se considere como un ejercicio dado en el ámbito de lo público. En sus propias palabras,

“Otra característica de la razón pública es que sus límites no se aplican a nuestras deliberaciones y reflexiones personales sobre las cuestiones políticas, o al razonamiento acerca de ellas por miembros de asociaciones tales como las Iglesias y las universidades, todo lo cual forma parte importante del trasfondo cultural (...) el ideal de la razón pública se aplica a los ciudadanos cuando emprenden la defensa política de algún asunto en el foro público, y por tanto, se aplica a los militantes de los partidos políticos, a los candidatos en sus campañas y a otros grupos que los apoyan” (Rawls, 2006: 202).

En torno al primer punto, las expresiones de instituciones como universidades o iglesias, Rawls las denominará como

“razones no públicas”, es decir, aun cuando importantes para la vida en conjunto, en ningún caso pueden ser contadas como elemento fundamental de la deliberación que sirve para establecer decisiones que afectan esencias constitucionales o cuestiones de justicia básica. En ese sentido, lo propuesto por Rawls, estribaría en la noción de concepciones compartidas dentro del marco de la discusión en los espacios dados para el debate. Con ello, de la misma forma los sitios proporcionados dentro de la institucionalidad y permitidos son los que permiten la razón pública, generando la diferencia tan fundamental entre lo político y lo social, desde un plano de tradición liberal. Así, aun cuando pueda existir una politicidad en lo social y, al mismo tiempo, revista una importancia para ampliar los márgenes de la justicia, no deja de ser menos cierto que desde el plano metodológico, dicha distinción opera para el análisis de dos planos distintos de la justicia (justicia social y justicia política) que teóricos/as críticos con el pensamiento del autor relevaban como una imposible distinción si se apunta a una radicalización de la democracia.

Dichos/as autores/as han postulado que esta separación y consideración establecería que para calificarse como valedero en dicha propuesta solo las posturas que alcancen un estatuto de “politicidad y limpieza” serían capaces de tomarse realmente en serio (Pineda, 2009). Con un catálogo de ideas racionales y, todavía más importante razonables, ciertos principios indiscutibles podrían establecer un marco mínimo para la discusión sobre los asuntos comunes.

Esta última idea será en sumo fundamental en el pensamiento revisado, principalmente, porque configura parte de una fundamentación ya presente anteriormente en *Teoría de la Justicia* y que marcará posteriormente. De acuerdo con el autor, podemos comprender que muchas ideas pueden de por sí ser racionales, es decir, ser correctamente elucubradas. No obstante, no todas pueden ser razonables, o sea, aptas para la configuración de una sociedad democrática y pluralista que permita que personas distintas puedan convivir en pie de igualdad (Rawls, 2006). Dicho de otra forma en una obra posterior: “lo razonable implica unos términos justos e imparciales de cooperación, mientras que lo racional tiene que ver con la promoción del bien o la situación ventajosa de uno mismo (o de cada una de las personas que cooperan)” (Rawls, 2018: 88).

En dicho sentido, la razón pública determina los límites que los participantes del debate tienen al momento de elaborar sus

propuestas de organización, estableciendo cómo este se da y cuáles son los alcances que podría tener, proscribiendo elementos que podrían ser nocivos para la vida liberal democrática. De esta última se extrae la adscripción del mismo autor a una noción liberal de la política que desconfíe de los alcances posibles del Estado y, más particularmente, de una mayoría circunstancial. Esto, comprendiendo que el término estaría circunscrito en una superioridad de la razón pública *para* el Estado en desmedro de la razón pública *del* Estado (Vatter, 2012: 341), vale decir, como una superioridad intrínseca de la sociedad civil. Por ello, se comprende a la razón pública

“Como el ejercicio del poder político debe ser por sí mismo legítimo, el ideal de la ciudadanía impone un deber moral (no legal) —el deber de la civilidad— para poder explicarse unos a otros, acerca de esas cuestiones fundamentales, cómo los principios y las políticas que preconizan y por las que votan pueden apoyarse en los valores políticos de la razón pública” (Rawls, 2006: 204).

Es importante notar de la misma forma, como mencionamos, uno de los elementos centrales para este “último Rawls”, obedece a que en el ámbito de concertar elementos básicos de la deliberación permite que todos los ciudadanos, independiente de sus concepciones de la buena vida, puedan echar mano al momento de generar lo mejor para la comunidad. Por ello, se conjuga el elemento de legitimidad indispensable que ostenta la razón pública para todos los habitantes de la comunidad política. Esto, porque las mismas “deben sustentarse en las verdades llanas generalmente aceptadas, o disponibles, en general, para todos los ciudadanos. De no hacerse esto así, la concepción política no nos proporcionaría una base pública de justificación” (Rawls, 2006: 214).

Esto último no significaría, de acuerdo a la visión de Rawls, una negación del pluralismo, todo lo contrario: a fin de asegurarse lo plural en una sociedad con multiplicidad de observaciones, sería perentoria la construcción de elementos básicos que permitiesen a todas y todos vivir sus propios proyectos de vida sin que limiten los ajenos. En dicho sentido, no solo es propio, sino deseable, la multitud de entendimientos de la vida buena. De esta multiplicidad se genera un consenso

entre todas las doctrinas razonables, generando un Consenso Sobrepuesto². Es importante notar, sin embargo, que este

“no es un acuerdo para designar autoridades o llegar a arreglos institucionales, fundado en una convergencia de intereses individuales o de grupos, sino un acto de aceptación de las bases de la estructura básica de la sociedad a partir de las doctrinas comprensivas razonables que los ciudadanos democráticos sustentan. El consenso provee así un suelo común, estable y sólido, para la cooperación social de una generación a otra” (Godoy, 2001: 55).

En dicha línea es que el mismo Rawls considerará que el velar por la razón pública debe contar con un ámbito institucional capaz de dilucidar, en última instancia, qué se ajustaría a esta o no. Para ello, comprenderá qué lugar se ubicará en la Constitución y, en tanto que tal -en la realidad estadounidense-, será la Corte Suprema la que velará por ella. Dicha expresión del Estado vela, con ausencia de sus preferencias en última instancia si es que cualquier acción se ajusta a una correcta interpretación de la Constitución y con ello a la voluntad del pueblo. Sobre este último punto, dice el autor “la Constitución no es lo que la Suprema Corte dice que es. Más bien, es lo que el pueblo, actuando constitucionalmente a través de las otras ramas de los poderes, permite a la Suprema Corte decir al respecto” (Rawls, 2006: 225).

Este último punto será importante porque, a juicio de Rawls, la objetividad de la Suprema Corte, actuando con prescindencia de sus propias creencias y doctrinas comprensivas, leerían la Constitución con arreglo a la voluntad popular. Sin embargo, dicha lectura no solo será cuestionada en tanto el nivel de los representantes como de una democracia agonista, sino también, por la fuerza de los hechos que ha llevado en el último tiempo a los jueces de Estados Unidos -precisamente el caso analizado por el autor- a actuar en sus propias subjetividades. Si bien elementos coyunturales no son el ejemplo único de eventuales cuestionamientos a la teoría rawlsiana, sí sostenemos que esto daría cuenta de limitaciones que la propuesta podría tener el plano material.

² En el original *Overlapping Consensus*. Este término varía no sólo en las traducciones de los trabajos de Rawls, sino también sobre el mismo. Algunas de las alternativas encontradas son “Consenso Traslapado” o “Consenso Superpuesto”. Hemos decidido por “Sobrepuesto” al considerar una traducción más adecuada, aun cuando la idea es mantenida independiente de la traducción.

Constatado los lineamientos en torno a la razón pública, será menester profundizar en los límites de ésta y, también, algunas consideraciones que autores han hecho a la propuesta rawlsiana.

Los límites de la razón pública

Parte de los debates más contingentes en torno a la propuesta rawlsiana estriban en el lugar que el conflicto tendría, siendo su anulación el ámbito central y qué situación contraproducente podría originar en una sociedad democrática.

Nuestro interés es revisar dos argumentos en torno a los límites de la razón pública: el primero, el que se concibe dentro del denominado pensamiento de la Democracia Agonista o Democracia Radical y, el segundo, el que se articula, de manera no directa contra Rawls, pero sí pone en tela de juicio como esta puede contravenir el desarrollo de una veta adversarial que permita una mejor representación en desmedro de un catálogo predefinido.

Como ha señalado Vatter (2012), existe un debate dónde se encuentra la noción de lo político en Rawls. De acuerdo con este, dicho cuestionamiento provendría desde las lecturas que se harían de autores como Carl Schmitt, las cuales han sido reivindicadas, entre otras, por pensadoras como Chantal Mouffe (1998; 2006), una de las más fuertes polemistas en torno a la obra de Rawls.

Si seguimos el argumento del autor, no sería que “lo político” esté ausente de la obra rawlsiana sino que, por el contrario, se daría en torno a distintas lecturas que haría el autor de *Liberalismo Político* sobre las categorías de “lo político”, a diferencia de Schmitt y que tendría un orden genealógico en conceptos que llegarían hasta la Edad Media. Dicho entendimiento se aloja en la preponderancia que ostenta una lectura de la razón pública mucho más importante *para* el Estado, en desmedro del lugar que tendría la razón *del* Estado. De acuerdo con éste

“En Schmitt, la razón pública *del* Estado (para Schmitt, el soberano es aquel que detenta dicha razón) absorbe la razón pública *para* el Estado: la decisión del soberano constituye al pueblo (...) por el contrario, en Rawls, la razón pública para una sociedad política (que no es idéntica al Estado) es superior a la razón pública del

Estado y la aplicación de justicia es lo que permite la constitución del poder del pueblo” (Vatter, 2012: 330).

Esta primera aproximación es importante, por cuanto, dentro de quienes se ubiquen cerca de la noción de lo político de Schmitt, el Poder se ubicará como uno de los elementos de toda construcción sobre el orden de lo político.

Particularmente Chantal Mouffe ha sido una de las autoras que más ha defendido dicho planteamiento. Centradas en torno a una lectura que espeta a Rawls la prescindencia no solo del concepto de Poder, sino que también, la consideración de las pasiones conllevará a generar su propia lectura en torno a la razón pública.

En primer lugar, para Mouffe, una de las grandes falencias del liberalismo en el que ubica a Rawls (en conjunto con otros autores), será la consideración de un Estado neutral a la hora de establecer la discusión. De acuerdo con esta

“La pretensión liberal de que un consenso racional universal podría ser alcanzado a través de un diálogo exento de distorsiones, y de que la libre razón pública podría garantizar imparcialidad del Estado, sólo es posible al precio de negar el irreductible elemento de antagonismo presente en las relaciones sociales; lo que puede generar consecuencias desastrosas para la defensa de las instituciones democráticas” (Mouffe, 1998: 145).

Para la autora, el proyecto rawlsiano no solo falla en considerar la neutralidad como un bien, sino que también, falla en creer que el conflicto no solo es constitutivo de lo político y que apunta a una profundización de la democracia. Para Mouffe, el aceptar una neutralidad de las partes y establecer un catálogo de elementos indiscutibles “es destruir toda la dimensión del poder y del antagonismo (que propongo llamar <<lo político>>), y es confundir completamente su naturaleza. También es negar el rol predominante de las pasiones como fuerzas que mueven la conducta humana” (Mouffe, 1998: 144). A su vez, lo que traería en sí la idea de la razón pública, serían elementos determinantes que borran la lógica abierta de posibilidades que se concibe la discusión, queriendo generar una certidumbre que atentaría contra las alternativas de imaginar nuevos derroteros.

De acuerdo con la misma autora

“Lo que el ‘liberalismo político’ tiene dificultades para eliminar es el elemento de ‘indeterminación’ que se halla presente en las relaciones humanas. Este planteamiento nos ofrece un retablo de la sociedad bien ordenada en el que el antagonismo, la violencia, el poder y la represión -mediante un acuerdo racional sobre la justicia- han desaparecido. Pero esto se debe únicamente a que han sido convertidos en elementos invisibles mediante una astuta estratagema: la distinción entre el ‘pluralismo razonable’ y el ‘pluralismo simple’” (Mouffe, 2006: 47).

Dicha consideración encuentra asidero a su vez en voces que advierten de la misma forma la imposibilidad de poder considerar una neutralidad intrínseca del Estado, toda vez que el mismo, se alza como un espacio de lucha que cristaliza las contradicciones inherentes en la sociedad. De acuerdo con Nicos Poulantzas, uno de los mayores errores en los que ha caído el pensamiento político es considerar el Estado como un “Sujeto” o una “Cosa” en vez de lo que es: una Relación, es decir, “una condensación material y específica de una relación de fuerzas entre clases y facciones de clases” (Poulantzas, 2005: 155).

Observado así, el ideal neutro del Estado es difuminado, toda vez que la misma pretensión de neutralidad es borrada bajo la lógica que adquiere este en donde las distintas facciones de grupos dominantes entran en constante conflagración, la mayoría de las veces, en una disputa que erosiona los acuerdos previos. Entendido en una lógica relacional, el Estado no toma una posición pétrea, por el contrario, se circunscribe en una reactualización constante de sus propios términos.

No obstante lo anterior, Mouffe señala que concuerda con Rawls en que tienen que existir elementos mínimos de discusión y que, al mismo tiempo, otros sean excluidos. Por ejemplo, un consenso básico en torno a los Derechos Humanos sería fundamental para generar una sociedad democrática. Sin embargo, la crítica central dentro del pensamiento agonista que encarnan autoras como Chantal Mouffe, se ubicarían en el orden de que aquellas “doctrinas razonables” excluyen el elemento subjetivo de la discusión y, en muchos casos, disfrazan ciertos elementos comprensivos bajo el velo de la razonabilidad que cuestionen el orden imperante. En torno a esto, autores han hablado de que

“sólo aquellas peticiones que superan el test de limpieza, esto es, peticiones enunciadas en un lenguaje público

compartido, y sólo aquellas discusiones que superen el test de politicidad, esto es, discusiones que puedan solucionarse sin necesidad de remitirse al campo jurídico, serán consideradas como cuestiones que pertenecen indiscutiblemente al campo general de la política” (Pineda, 2009: 49).

Adscribimos a esta última lectura, toda vez que existiría en la noción rawlsiana -tal y como ha advertido Mouffe- una construcción que concibe la ausencia de la pasión en la política, como el elemento supremo. En ese sentido, la ponderación de elementos que se circunscriban al campo de lo liberal-democrático, ostentará la etiqueta de razonable. Pero ¿y si existiesen una voluntad contraria a esto?

En ello, aun cuando Rawls reconozca en trabajos precedentes el conflicto validando formas como la desobediencia civil, como ha reparado Peña (2020), elementos de mayor beligerancia como los movimientos sociales, son vistos con recelo dado que en la visión de su comentarista, rehúyen de la lógica deliberativa de proponer perspectivas razonables de ser adoptadas por todos.

Como hemos mencionado anteriormente, el temor a una mayoría circunstancial es un elemento presente en la propuesta de *Liberalismo Político*. En dicho sentido, el rol de la Suprema Corte fungirá como candado que imposibilitará la acción de dicho peligro y que ataque la soberanía popular: es decir, la protección del pueblo de sí mismo. O, en palabras de Rawls,

“Al aplicar la razón pública, la Suprema Corte ha de impedir que esa ley pueda ser erosionada por la legislación de alguna mayoría transitoria o, más probablemente, por grupos de intereses organizados y bien situados, pero de miras estrechas, que pretendan imponerse” (Rawls, 2006: 222).

Pese a esto, continuando con los argumentos de Poulantzas (2005), el pensar el rol de la Suprema Corte como la última instancia de la voluntad popular soslaya las mismas consideraciones en torno al ámbito conflictual que se presenta en la organización del Estado. De acuerdo al greco-francés, el Estado opera con una autonomía relativa toda vez que no es de extrañar las diferencias y reyertas en la que se enfrascan los distintos poderes del Estado. En vez de entenderlo como un todo unitario es imperioso abandonar “una visión del Estado como dispositivo unitario, de arriba-abajo, fundado en una distribución jerárquica homogénea de los centro de poder, en escalonamiento

uniforme” (Poulantzas, 2005: 160) dado que la experiencia histórica ha demostrado que pese a los acuerdos, los intereses de los grupos operan con sus propias visiones, agendas y, todavía más importante, intereses de clase al momento de actuar, subjetivando sus acciones en desmedro de un entendimiento del Estado por encima de los intereses contingentes.

La propuesta poulantiziana reactiva el entendimiento conflictual que impera en la política en desmedro de un Estado neutro como pretensión liberal. En dicha noción, Jessop (2017) ha profundizado precisamente que la arquitectura estatal sería imposible de entenderla como una neutralidad puesto que esta estaría permeada de la subjetividad de quienes lo habitan. Comprendido así, las instituciones no alcanzarían la mentada objetividad, siendo proclives a las lógicas y -en término rawlsiano- doctrinas comprensivas de sus encargados, lo que explicaría los retractos de ciertos pronunciamientos en torno a la constitución estadounidense vistas en los últimos años³. Dicho de otra forma, las lógicas razonables de las prácticas políticas deben ser comprendidas como instalaciones de los mismos grupos puestas en entredicho constantemente y sostenidas bajo la pretensión de una lectura más acuciosa de los acuerdos de la razón pública. Sin embargo, un entendimiento real de la situación, obligaría a pensar si es que no se estaría funcionando netamente como una lógica inmunitaria -usando el término biopolítico de Esposito (2009)- sobre la acción de mayoría bajo el manto de la razonabilidad.

Al mismo tiempo, la crítica de Poulantzas al entendimiento del Estado parecería del todo correcta a la vez que procedería a cuestionar al mismo tiempo las formas en que opera (o no) un ámbito de diseño que, aun cuando correcto en su finalidad, soslaya una conflictividad que nunca terminar de operar aun cuando ciertos acuerdos sean realizados entre las partes. Ante esta visión, se puede ubicar a Poulantzas como parte de quienes nutren una visión adversarial de la política y sus instituciones y que animan una crítica a la lógica liberal de lo político.

Sobre dicha noción de protección del pueblo sobre sí mismo, es interesante notar cómo la idea de la razón pública a su vez se articula, inclusive, en el ámbito electoral. Tal y como postula

³ Otro ejemplo menos mediático como ejemplo de nivel internacional, sucede en Chile y su Tribunal Constitucional. Gran parte de las críticas han oscilado en torno a la “politización” que ha sido incapaz de prescindir de sus propias doctrinas a la hora de fallar. Un análisis más completo puede encontrarse en Huneus (2014) o Akram (2020).

Rawls, su constitución opera, al lograr insertarse dentro de lo que puede ser considerado o no como parte de la discusión, en los elementos que los mismos candidatos pueden proponer salvando incluso así, a la población de rudimentos demagógicos o contrarios a los entendimientos de la justicia (Aranda, 2003). Si esto es así, dicha conceptualización enfrenta un dilema: aun cuando puedan erigirse bajo preceptos altruistas, por ejemplo, evitar que visiones contrarias a los Derechos Humanos puedan presentarse, del mismo modo quienes desborden la noción establecida políticamente encontrarán un cerrojo y toda la discusión se constriñe en límites autoimpuestos evitando cuestionar ciertos elementos basales que, aun cuando básicos para la sociedad, son imprescindibles de someter a examen a fin de (re)pensar derroteros sociales.

No se trataría, sin embargo, de pensar por fuera de temas como los Derechos Humanos. Por el contrario, trata de preguntarse sobre su importancia y la continua necesidad de actualización que solo se logra en el debate sin temas vedados de antemano y la persistencia de revisión de acuerdos.

La tensión, a nuestro entender, se ubicaría entonces en que la democracia y sus representantes encuentran un catálogo predefinido de temas, donde el mismo ejercicio electoral se ubicaría como una agregación de preferencias determinado que harían innecesario la elección entre uno y otro candidato. Observación, en la que han reparado autoras como Nadia Urbinati (2017) en su atención en torno a los dilemas entre la Democracia Representativa y Directa.

Nuestra mención a dicha contradicción obedece a que un punto que tendrían los defensores de la última se aloja en que, si la capacidad de acción de los representantes se encuentra predefinida, las preferencias de los ciudadanos -en cuanto electores- serían inútiles. En ese sentido, el ejercicio de la política en los ámbitos de la razón pública sería espurios, teniendo la acción directa misma mayor validez en tanto no habría temas vedados para la ciudadanía. Sin embargo, emplaza Urbinati (2017) sería necesario considerar, por el contrario, a la democracia -en su lógica representativa- no ajeno a lo conflictual, en donde la adscripción permita, en un marco acordado, cuestionar también tanto del representante como del representado, los temas en el ámbito de la comunidad política. A esto, la politóloga ha denominado como “discordia”. Dice esta que

“La representación política atestigua el hecho de que aunque la democracia puede ser explicada a través de sus reglas del juego, la participación ciudadana no es un juego neutral sino un modo concreto de promover visiones y lograr que las personas se identifiquen con aquellos que apoyan y sostienen reivindicaciones convincentes” (Urbinati, 2017: 67)

Un punto con el que coincidirá Urbinati (2017) en la propuesta de Rawls, será en que la política democrática apelará a una justicia distributiva en términos proporcionales. Sin embargo, la “discordia” -entendida como conflicto sin asesinato-, deberá prevalecer a fin de que una verdadera democracia pueda darse.

El punto de dicha teorización se encuentra en que la tensión predominante entre los defensores de la Democracia Directa con los de la Democracia Representativa y sus vertientes deliberativas, como dijimos antes, será la dificultad de que sus preferencias puedan darse en un marco de lo “razonable”, esto porque si los temas están consolidados y otros vedados de antemano ¿qué sentido tendría tener una mayoría si una minoría puede apelar a la “razonabilidad” de las propuestas? El ejercicio representacional, inclusive, se volvería insulso toda vez que el mismo imposibilita propuestas novedosas, esto ya que, aun cuando atendible muchas de las propuestas colocadas dentro del marco de la construcción base de la política, la capacidad del cuestionamiento constante y, al mismo tiempo, la posibilidad de proponer proyectos alternativos se vuelve dificultoso en la búsqueda de elementos “razonables” estén en un marco definido

Para Urbinati, el tema sería comprender la democracia desde la lógica del *Advocacy*⁴. Dicho concepto

“testifica la tensión estructural de la deliberación democrática: intereses diversos (y casi nunca rivales), visiones subjetivas y aspiraciones compiten en un espacio abierto para alcanzar una decisión que supuestamente no debe servir a intereses partidarios o ponerle un fin a la deliberación” (Urbinati, 2017: 76).

⁴ Como se señala en la edición en español referida en este trabajo, la traducción de dicho término también resulta problemático. Algunas posibles traducciones estarían ligadas al “abogar”, el rol de “vocero” diferenciado también del de “portavoz”. Sin embargo, un consenso no es total en la propuesta en español de Urbinati. La discusión completa se encuentra en la edición mencionada en la nota de la traductora de la página 23.

Si esto es así, expresa la autora, la concepción de temas vedados para los espacios de representación se convierten en una reducción de la democracia, toda vez que la expansión de esta comulga en un espacio agonista entre lo representativo y lo directo. En la misma línea, la politización de las esferas de lo público y lo privado revalidan la acción misma de los agentes en tanto no existiría algo así como un único espacio y una única persona permitida para incidir en lo referido a la razón pública. Pensar en esta posible reducción estriba en soslayar de forma explícita proyectos que cuestionen las bases de distribución del poder, así como el sistema mismo en aras de la razonabilidad, incluyendo proyectos de constitución societales diferentes al de la misma democracia liberal o, por lo menos, ponerlos en debate.

Cierto es, no obstante, que la autora repara en elementos de discusión basal que permitan un arreglo acorde al funcionamiento específico de cada comunidad. Sin embargo, el poner en tensión los temas a discutir destituye las lógicas vedadas en la misma acción de los representantes que pueden caer, bajo quienes se adjudican las doctrinas razonables, en desvíos populistas.

No nos referiremos al debate actual sobre la noción de populismo y su uso devenido cliché que ha rotulado distintos planteamientos de populistas aun cuando no se constituyan en dicho término. Sin embargo, sí mencionaremos sobre el mismo, siguiendo a Mouffe (2006) que la lógica de las pasiones que cuestiona el ámbito de la razón pública y activa la participación popular, si puede devenir Populismo, si por ello entendemos la acción de un Pueblo que ha devenido a su vez en gobierno e instalado sus políticas. En esta línea, la acción que cuestiona el consenso racional y lo reemplaza por la política agonista, conlleva a una revalorización de lo político como alternativa imaginativa para una sociedad nueva y radicalmente democrática.

Dicha opción se plantea en las antípodas de la lectura del liberalismo de Rawls que, espeta Mouffe, pretende crear un todo homogéneo olvidando la acción beligerante que necesita en sí la política para constituirse como tal. En ese sentido, la mentada pluralidad que enarbola el autor y que posibilita su noción de razón pública permitiendo distintas doctrinas en un marco común se convierte en una quimera, toda vez que “la especificidad de la democracia pluralista no reside en la ausencia de dominación y violencia, sino en el establecimiento

de un conjunto de instituciones a través de las cuales ellas pueden ser limitadas y enfrentadas” (Mouffe, 1998: 151).

Esto último, en palabras de Urbinati (2017) reactiva a la ciudadanía dado que otorga a esta la capacidad de elección superando el temor elitista y oligárquico que representan los entendimientos más restrictivos de democracia. Con esto, vale la aclaración, el proyecto de las mismas no radicaría en ningún caso en una crítica directa contra el liberalismo democrático sino, por el contrario, relevar la tensión existente entre igualdad-libertad como uno que estaría en constante tensión.

Como mencionamos anteriormente, la propuesta de Rawls oscilaría dentro de dicha tensión, dado su manifiesto temor a un poder exacerbado del Estado. Dicho temor ha sido tomado en consideración por actuales liberales igualitarios (rótulo adjudicado al mismo Rawls) como Acemoglu y Robinson (2019) quienes han postulado que en torno a la razón pública, sería perentorio considerar la acción del mismo Estado intentando generar los límites propios que aduce el mismo Rawls, lo cual han denominado como “Leviatán Encadenado”.

De acuerdo con estos autores, la acción del Leviatán sería necesaria para reparar las asimetrías de la misma sociedad, pero con severas restricciones (de ahí lo encadenado). A fin de que esto pueda suceder, sería necesario también la acción de la misma sociedad civil como parte de los procesos de *accountability*⁵. Aun cuando parte de las declaraciones y análisis presentadas por los autores nos generan reservas, sí es interesante notar como un proceso institucional que valide la acción colectiva en el proceso de acción de lo público, permite precisamente una profundización de la democracia. Esto, porque no es ningún caso contradictorio con un proceso radical y agonista de la democracia, que contemple que la acción política se articula en ámbitos conflictuales pero que, a la vez, requiere de instituciones que encaucen dicho conflicto.

Es cierto que para Acemoglu y Robinson (2019) la radicalidad y beligerancia de ciertos actores son un escollo para la toma de decisiones en el plano social. Sin embargo, es posible rescatar con estos que un proceso de toma de decisión a nivel colectivo permite a su vez el establecimiento de las mejores formas para la sociedad en desmedro de nociones previas de la vida buena. Si a esto sumamos que los acuerdos en ningún caso

⁵ Otro ejemplo de la dificultad en la traducción de concepto, el cual podemos entender como “rendición de cuentas”.

son un cierre definitivo de la discusión, podemos entender una razón pública que profundiza en vez de cerrar la democracia, esto porque

“en los estados modernos, el apoyo político no se reduce al ‘consenso’, sino que depende de modos específicos de integración de masas (o, de hecho, de exclusión) que canalizan, transforman y dan prioridad a las demandas y gestionan el flujo de concesiones materiales necesarias para mantener el inestable equilibrio de compromisos subyacente” (Jessop, 2017: 121).

Conclusiones

Lo expuesto en el presente trabajo fue un intento de revisar y poner en tensión el concepto de razón pública elaborado por Rawls en su *Liberalismo Político*.

Como señalamos, gran parte del esfuerzo teórico del autor fue intentar subsanar lo que él identificó como problemas en su propia obra, la cual adolecía de mezclarse con sus propias doctrinas comprensivas y no apuntar a una lógica totalmente generalizable. Para ello, la publicación de este último texto -y que fue trabajado casi inmediatamente después de *Teoría de la Justicia*- intentó ser un ejemplo de dicho proyecto.

Puntualmente, en torno al concepto de razón pública, ubicada en la conferencia VI del manuscrito, apuntó a ser una propuesta que permitiese a los integrantes de la comunidad poder establecer un marco de referencia en torno a valores por todos compartidos y que guiarán de ahí en más los debates que tendría la sociedad.

Como creemos haber dado cuenta, ésta posibilitaría en la lógica rawlsiana, prescindir de las visiones personales que cada uno tenga las que, aun cuando todas sumamente respetables, no pueden estar en el debate público. Por el contrario, la lógica de lo público -su razón- está demarcada por elementos previamente definidos que se diferencian de las razones no públicas como la que ostentan, por ejemplo, las iglesias o las universidades. A su vez, en el debate entrarían todas las doctrinas razonables, es decir, los términos justos e imparciales de cooperación. Pero, estos estarían limitados a ciertos elementos, excluyendo otros que, por más altruistas que fuesen, quedan vedados de antemano.

Si seguimos a Mouffe (1998; 2006) esto no sólo sería negativo para la radicalización de la democrática, sino que también, contra natura con la propuesta de la política. El excluir ciertos elementos impide la misma acción que conlleva lo político, es decir, el conflicto que permite poner en tensión las categorías e imagina nuevos derroteros. De acuerdo con la autora, si algo ha llevado a un inmovilismo, despolitización y, a fin de cuentas, a una época que creemos que podemos prescindir de la política en favor de la mera técnica, es precisamente la idea consensual que ostentan autores como Rawls (Mouffe, 2006). Lo político estriba, precisamente, en la discusión que cuestione todas las lógicas bajo la noción de adversarios -y no como enemigos- que permite construir participación.

La misma exclusión de temas en la que ha reparado Urbinati (2017) como un contrasentido de la acción representacional y que, comprendiendo que los electos y los electores están en una constante tensión, permite profundizar y activar a la ciudadanía.

Consideramos, llegado a este punto, con Rawls que uno de sus principales aportes es poner de manifiesto la necesidad de ciertos acuerdos en el ámbito de la discusión. Por ejemplo, los Derechos Humanos como un mínimo moral del ámbito político, permite generar la frontera de la condición humana desde donde se articula la política. Sin embargo, excluir otras nociones que interpelan a la misma acción representacional y democrática, conllevaría a cerrar la discusión y preguntarnos, precisamente, por qué es éste el mejor sistema en vez de tomarlo como un convencimiento a priori y que, la mayoría de las veces cae en tautologías.

En la actualidad, el dilema constitucional y de participación política que viven las sociedades, así como el temor a derivas autoritarias que han tenido algunos líderes en el mundo, ha reactivado las preguntas por la razón pública, preguntando si existen temas efectivamente vedados. A nuestro juicio, siguiendo el pensamiento expuesto, la respuesta no se hallaría en la negación de estas realidades, de la violencia y la lógica que existe actualmente, sino en su enfrentamiento con más democracia que ponga un estándar de Derechos Humanos en frente.

Los límites de la razón pública obedecen, entonces, en la limitación de los mismos actores y su capacidad de agencia en un ámbito rawlsiano. Proponemos, por tanto, tomar en cuenta elementos de acuerdo llevándolos a un ámbito de radicalización democrática que haga efectiva las mayorías en vez de defender

que sería imperioso la mera acción política como agregación de preferencias.

Bibliografía

- Acemoglu, D., & Robinson, J. (2019). *El pasillo estrecho: Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*. Santiago de Chile: Deusto.
- Akram, H. (2020). *El Estallido ¿Por qué? ¿Hacia dónde?* Santiago de Chile: El Desconcierto.
- Aranda, F. (2003). La idea de "Razón Pública" (y su revisión) en el último Rawls. *Philosophica: International Journal for the History of Philosophy*, 11(22), 5-31.
- Esposito, R. (2009). *Comunidad, inmunidad y biopolítica*. Madrid: Herder.
- Godoy, O. (2001). Democracia y Razón Pública: En torno a John Rawls. *Estudios Públicos*, 81, 39-65.
- Huneus, C. (2014). *La democracia semi-soberana*. Santiago de Chile: Taurus.
- Jessop, B. (2017). *El Estado: pasado, presente y futuro*. Barcelona: Catarata.
- Mouffe, C. (1998). *El retorno de lo político*. Madrid: Paidós.
- Mouffe, C. (2016). *La paradoja democrática*. Barcelona: Guedisa.
- Peña, C. (2020). *Pensar el malestar: la crisis de octubre y la cuestión constitucional*. Santiago de Chile: Taurus.
- Pineda, O. (2009). La Ciudadanía y la Razón Pública en Rawls. *Revista Politécnica*, 5(8), 47-52.
- Poulantzas, N. (2005). *Estado, Poder y Socialismo*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Quintana, M. (2014). El pensamiento político en la historia: principales modelos. En *Teoría y procesos políticos contemporáneos* (págs. 65-85). La Habana: Editorial Universitaria Félix Varela.
- Rawls, J. (2006). *Liberalismo Político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la Justicia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2018). *Lecciones sobre la historia de la filosofía política*. (S. Freeman, Ed.) Madrid: Paidós.
- Restrepo, J. (2012). Aproximación a la idea de Razón Pública según John Rawls. *Pensamiento y Poder*, 1(10), 59-71.
- Urbinati, N. (2017). *La democracia representativa. Principios y genealogía*. Buenos Aires: Prometeo.

Vatter, M. (2012). *Constitución y resistencia: ensayos de teoría democrática radical*. Santiago de Chile: UDP.

**LA FACULTAD DE LAS PROVINCIAS PARA
REGULAR EL PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DE
LOS PROCESOS PENALES, A LA LUZ DEL FALLO
“PRICE”**

**THE AUTHORITY OF THE PROVINCES TO
REGULATE THE REASONABLE PERIOD OF
DURATION OF CRIMINAL PROCEDURES,
ACCORDING TO “PRICE” SENTENCE**

Agustina María Campero¹
Universidad San Pablo-Tucumán
Universidad Nacional de Tucumán

Recibido: 31/10/2022 - Aceptado: 08/02/2023

Resumen: La Corte Suprema de Justicia argentina resolvió en agosto de 2021 la inconstitucionalidad de una norma del código Procesal Penal de Chubut que disponía que si en un determinado lapso el Ministerio Público Fiscal no formulaba acusación, debía sobreseer al imputado.

En relación a ello, el objetivo general de la investigación fue explorar y evaluar si las provincias argentinas están legitimadas para regular la garantía del plazo razonable e imponer sanciones en caso de violación. La metodología usada fue de tipo dogmática-jurídica, y se basó en el estudio de las normas jurídicas nacionales, fallos de la CSJN y de la Corte IDH, así como de la doctrina nacional, los que fueron analizados de modo abstracto y teórico. Para ello se recurrió a los métodos

¹ camperoagustinam@gmail.com. Trabajo realizado en el marco del Seminario de investigación 2022 de la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación sobre “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Agradezco a Julieta Di Corleto por su invaluable colaboración.

inductivo-deductivo e histórico-lógico y la labor se desarrolló desde un enfoque cualitativo, con un nivel de investigación esencialmente descriptivo.

De la investigación realizada se concluye que el plazo razonable es un eje central del debido proceso que tiene su basamento tanto en la C.N., como en los Tratados de DDHH que la integran. Es por ello que a fin que dicha garantía sea operativa, se deben fijar de antemano las consecuencias que acarrea su desatención, por lo que es correcto que los Códigos Procesales Penales fijen un plazo de caducidad, transcurrido el cual el órgano acusador pierda su facultad de perseguir y juzgar. En consecuencia el artículo 282 CPPChu es constitucional y no incumple con las atribuciones prescriptas en el artículo 75 inciso 12 C.N.

Palabras clave: Plazo razonable, Facultades delegadas, Sistema acusatorio, Acción penal, Prescripción

Abstract: In August 2021 the Supreme Court of Justice of Argentina sorted out and settled as constitutionality inaccurate a rule within the Criminal Code of Procedures of the province of Chubut which established that, if in a given time the Public Ministry does not produce a precise indictment, the accused citizen should be dismissed.

Accordingly, the general purpose of this paper is decide if in a Federal Country provinces are indeed entitled to regulate the legal guarantee of “reasonable time of procedures”, and to impose relevant sanctions if lack of fulfillment does take place.

Methodology used in this research belongs to dogmatic-legal type, and was based upon the study of national legal norms, together with prior decisions of the CSJN, Inter-American Court of Human Rights, as well as national legal doctrine, all of these

analyzed either in abstract and theoretically. Methods used in this research were of the inductive-deductive substance with historical-logical foundations; this paper was developed from the point of view of a qualitative approach, in a sort of essentially descriptive level.

Consequently, it is concluded that the phrase “reasonable time” lies in the central axis of any duly legal criminal process and must be based both in the N.C., and the Human Rights Treaties included therewith. That is why, in order for the said guarantees of duly procedural times to be firmly operative, consequences of the above mentioned neglect must no doubt be established in advance, with Criminal Procedures Codes fixing periods of expiration dates in every procedure, after which the public prosecutor loses his power to produce an indictment. Accordingly, article 282 CPPChu is fully constitutional and does not breach the faculties prescribed in article 75 paragraph 12 N.C.

Key words: Reasonable time of procedures, Delegated powers, Accusatory system, Criminal action, Statute of limitations

I. Introducción

Nuestro Máximo Tribunal Nacional, en el fallo de fecha 12.08.21² declaró la inconstitucionalidad de una norma del código Procesal Penal de la Provincia de Chubut (en adelante CPPChu) en la medida en que disponía un plazo perentorio de duración de la investigación penal preparatoria, vencido el cual

² C.S.J.N. “Price” (Fallos: 344:1952)

si el Ministerio Público Fiscal (en adelante el M.P.F.) no formuló acusación, se debía sobreseer al acusado.³

Se argumenta en la sentencia que las facultades del artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional (en adelante C.N.) impiden a las provincias regular la extinción de la acción penal; para ello realiza una disquisición con relación a cuáles son las competencias que fueron delegadas a la Nación -para lo que reitera una vez más su anterior doctrina-, sin ponderar el cambio de paradigma que significó para las provincias establecer el sistema acusatorio y dentro de éste, regular la garantía de plazo razonable.⁴

Toda vez que muchos de los nóveles códigos de forma en materia penal provinciales tratan idéntica materia al CPPChu, se impone analizar los argumentos del fallo, de tal modo de hacer una primera ponderación sobre sus efectos.

³Mientras tramitaba el proceso, la norma fue derogada. Artículo 282 CPPChu conforme Ley 5.478 objeto de análisis en la sentencia: Duración. “La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de seis meses desde la apertura de la investigación. Transcurrido ese plazo deberá dictarse el sobreseimiento del imputado, salvo lo dispuesto en el siguiente artículo. No obstante, el imputado o el querellante podrán solicitar al juez penal que fije un plazo menor cuando no exista razón para la demora. Se resolverá en audiencia oral y pública. Rigen los artículos 16, 102, 113, 114, 144, 148 y 149”. Recuperado de: <https://sistemas.chubut.gov.ar/digesto/sistema/consulta.php?idile1=7954>. Luego se modificó su redacción, de la siguiente forma: Artículo 282 CPPChu LEY XV - N° 9: Duración. “La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de seis (6) meses contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación. Transcurrido ese plazo el defensor podrá requerir al Juez que intime al fiscal a que formule la acusación en un término de 10 días [artículo 168 2do. párrafo Constitución Provincial]. Vencido el plazo de intimación si el Fiscal no presentó la acusación deberá dictarse el sobreseimiento”. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/9-local-chubut-codigo-procesal-penal-chubut-lpu1000009-2010-05-06/123456789-0abc-defg-900-0001uvorpyel>

⁴ Ver considerandos 2), 3) y 4) del voto innominado, el que de acuerdo con lo publicado por la C.S.J.N. sería de Rosenkrantz; 9), 10) 13 y 14) del voto de Highton de Nolasco y 7), 12), 14) y 16) del voto de Maqueda

Ello es así, pues de lo que se determine que pueden legislar las provincias, derivarán sin dudas importantes consecuencias, tanto para los códigos de corte acusatorio que sancionan la inacción del acusador, como para los imputados sometidos a proceso que requieren ser juzgados en un plazo razonable cierto, expreso y con consagración legal.

II. El fallo y sus hechos

Expone el fallo que en lo relativo a los antecedentes de la causa se remite “a los acápites I, II, III y IV, primer y segundo párrafo, del dictamen de la Procuración General de la Nación a fin de evitar reiteraciones innecesarias”.⁵

⁵ Síntesis del dictamen del Procurador General de la Nación: **a.** Resume los argumentos de la recurrente en el REX: **i.** El pronunciamiento impugnado es arbitrario por haberse fundado en una norma inaplicable al caso, el art. 387 CPPChu **ii.** Si el tribunal declaró inadmisibles la impugnación en virtud del artículo 387 CPPChu, volvió contra sus propios actos al tratar y rechazar el agravio de fondo sobre la validez constitucional del artículo 282 CPPChu. Resulta incompleta la respuesta que el tribunal toda vez que no atendió al argumento sobre la irrazonabilidad de la solución que estableció el legislador provincial. Los plazos previstos en la norma de forma ignoran la realidad al estar por debajo del término medio de duración de un proceso real. **iii.** La regulación cuestionada se aparta de la jurisprudencia interna e internacional sobre el plazo razonable. **iv.** La norma es inconstitucional porque legisla sobre un tema delegado al gobierno federal, por lo que el legislador provincial ha consagrado una nueva causa de extinción de la acción penal. **b.** Sintetiza los argumentos del tribunal a quo y afirma que: **i.** la Corte no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes. **b.** Las provincias no pueden alterar la ley de fondo y por ello carecen de facultades para establecer una causa de extinción de la acción penal que no está prevista en el CPA. **iii.** La ley 27.147 consagró supuestos de extinción de la acción, pero no lo hizo con respecto a las reglas procesales que fijan determinado plazo para el cumplimiento de un acto o etapa del proceso, de lo que cabe concluir que la norma local ingresó en una materia vedada a la legislatura provincial **iv.** El régimen de duración de los procesos de Chubut constituye, en todos sus restantes aspectos, un ejercicio inobjetable de sus poderes reservados. Se puede cotejar el dictamen completo en:

<https://sjconsulta.C.S.J.N..gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7679842&cache=1663014716476>

Si se da una atenta lectura al dictamen, se advierte que el Sr. Procurador no menciona qué es concretamente lo que sucedió,⁶ refiere solamente que el Superior Tribunal de Justicia de Chubut declaró inadmisibile la impugnación deducida contra la sentencia de la cámara penal que sobreseyó a los imputados, por haber excedido la investigación preparatoria el plazo máximo autorizado por el artículo 282 del código de procedimientos local, por lo cual se concedió el recurso extraordinario.

Agrega también que el Superior Tribunal de Chubut desestimó el recurso interpuesto por aplicación de lo previsto en el artículo 387⁷ del código procesal local, de lo que se agravia el recurrente al sostener que dicha norma no se subsumía en los hechos del caso. Ello sería así puesto que en el proceso no hubo una segunda absolución, pues si bien tuvo lugar un primer juicio que se declaró nulo, el segundo proceso finalizó con el sobreseimiento fundado en una norma -el artículo 282 CPPChu- que contempla una forma anticipada de clausura sin pronunciamiento de fondo.

De la investigación realizada (Heredia, 2021; Lorenzo y Balderrama, 2021; Ledesma y Ahumada, 2021), resulta que los hechos del caso son los siguientes:

⁶ Resulta llamativa la ausencia de análisis de los hechos del caso y la demora en definir la situación procesal de los imputados, en contra de los propios precedentes del Tribunal. Ver: C.S.J.N. “Barra”, sent. de fecha 09.03.04 Voto del ministro Vázquez, considerando 12; C.S.J.N. “Kipperband”, sent. de fecha 12.12.06 (Fallos: 322:360). No tiene explicación tampoco que Lorenzetti en el considerando 13) se hace cargo del hecho que “la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales” constituye una de las pautas a tener en cuenta para determinar la posible afectación de la garantía del plazo razonable, más no lo usa como una posible solución para resolver la controversia

⁷ Art. 387 CPPChu “Reenvío - Si se reenvía a un nuevo juicio, no podrán intervenir los jueces que conocieron del juicio anulado (...) Si en el nuevo juicio se obtiene una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna.”

- 10.02.07 se habría cometido el delito de homicidio simple imputado a tres acusados
- 11.08.09 se realizó la audiencia de control de la acusación
- 16.04.10 el Tribunal de Trelew absolvió a los imputados
- Mayo de 2011 el Tribunal Superior de Chubut hizo lugar a los recursos interpuestos por el M.P.F. y la querrela, revocó las absoluciones e hizo reenvío al inferior
- 08.08.12 la Cámara Penal de Trelew dispuso el sobreseimiento de los imputados por aplicación del artículo 282 del CPPChu, atento a la falta de acusación del M.P.F. al no poder proceder. No sobreseyó por extinción de la acción penal, ni por prescripción
- 05.09.14 el Superior Tribunal de Chubut declaró inadmisibile el recurso extraordinario local, frente a lo cual la querrela interpuso Recurso Extraordinario Federal.
- 28.11.14 se concedió el Recurso Extraordinario Federal.
- 04.08.15 el caso ingresó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante C.S.J.N.)
- 19.04.16 el Procurador General dictaminó
- 12.08.21 la C.S.J.N. dictó sentencia ordenando que se dicte un nuevo pronunciamiento

- 12.01.22 al celebrarse un nuevo juicio, la Cámara Penal de Trelew resolvió por unanimidad absolver a los imputados⁸

Concretamente el Superior Tribunal de Chubut sostuvo -para declarar inadmisibile el recurso en contra del sobreseimiento dictado en el segundo procedimiento- que:

- A esa fecha transcurrieron 7 años de procedimiento y que anteriormente los acusados fueron absueltos
- Se excedió el plazo para la duración de la investigación penal preparatoria, previsto en el artículo 282 del código de procedimiento penal local.⁹

Lo llamativo de este fallo es que omite todo análisis de los hechos antes reseñados, y eran justamente éstos los que resultaban esenciales para resolver la cuestión (Lorenzo y Balderrama, 2021).

En este orden de ideas, y si bien el objeto de la presente investigación no apunta en concreto a determinar qué número de meses o años hubieran resultado legítimos a los fines de asegurar el derecho de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable en esta causa, la C.S.J.N. no pudo mirar para otro lado

⁸ Información recuperada de: <https://www.mpfchubut.gov.ar/centro-de-noticias/trelew/resolvieron-la-absolucion-para-los-tres-imputados-por-la-muerte-de-oscar-rodrigo-mendez>

⁹ Si se analizan exclusivamente los plazos transcurridos en relación a esta causa, se advierte que: i) Entre el hecho imputado y el sobreseimiento por falta de acusación transcurrieron 5 años y 6 meses; ii) Entre que el recurso se radica en la C.S.J.N. y ésta dicta sentencia, transcurrieron 6 años; iii) Desde el día la comisión del presunto ilícito y la fecha de celebración del nuevo juicio ordenado por la CSJN -donde los acusados fueron una vez más absueltos- transcurrieron 14 años, 11 meses y 2 días, lapso en el cual los imputados estuvieron sometidos a proceso, casi duplicándose el mínimo de pena que hubiera podido llegar a corresponderles por los hechos de los que fueran acusados

cuando tres personas estaban sometidas a proceso desde hacía más de 14 años al día en que dictó su resolución, en una clara muestra de un trámite judicial digno de “El proceso” de Kafka.

III. La inexistencia de un criterio unívoco y de consenso al fallar. Los precedentes citados

En “Price” el Tribunal concibió a los votos como una colección o sumatoria de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes y no como el producto de un intercambio racional de ideas entre ellos,¹⁰ como si se tratara de las opiniones de árbitros de boxeo, o de jueces de competencias gimnásticas (Farell, 2003).

Es tan alambicada la forma en que nuestro Máximo Tribunal formuló sus votos -los que fundan una decisión aparentemente similar, pero por caminos diferentes- que no hay modo de inferir cuál es la regla o principio establecido por la Corte que pueda llegar a servir de precedente obligatorio. Así, señala Binder (2021) que la C.S.J.N. no dio respuesta unívoca a varios interrogantes: “¿La garantía de tener una decisión en un plazo razonable es lo mismo que la prescripción? ¿Las provincias pueden establecer reglas de caducidad, pero no de extinción de la acción? ¿El Congreso Nacional tiene facultades para incorporar al código Penal las instituciones que le parezca?”

¹⁰ Roggenbau Edgardo Enrique y otros s. legajo de casación, sent. de fecha 24.05.2022 (Fallos: 345:338); Flamenco Nestor Atilio c/ M° Justicia-PFA- y otros s/daños y perjuicios, sent. de fecha 02.07.20 (Fallos: 343:506); Taffarel, Carlos Alberto s/privación ilegal libertad, sent. de fecha 11.03.21 (Fallos: 344:303); Fisco de la provincia de Corrientes c/ Natalio Acuña y otros s/Apremios, sent. de fecha 14.04.09 (Fallos: 332:826); Nuñez Pedro e hijos S.R.L. s/S/Rec. Extraor. en autos "Fostum de Mazurek Maria c/Nuñez Pedro e hijos S.R.L. s/levant. Embargo, sent. de fecha 26.09.06 (Fallos: 329:4078). Ver también: C.S.J.N. “Conformación de las mayorías en los tribunales colegiados”. Recuperado de: <http://sj.C.S.J.N..gov.ar/homeSJ/notas/nota/2/documento>

“¿El derecho al plazo razonable es sólo una indicación de orden procesal, que no cumple mayores funciones mientras el caso se mueve, aunque sea a paso de tortuga, como ha ocurrido con el caso Price, incluso dentro de la misma Corte?”

En el caso en análisis, la C.S.J.N. desconoce sus propios antecedentes, puesto que resolvió en reiteradas ocasiones que una sentencia constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria, por derivación razonada, del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos,¹¹ lo que justamente no sucede en este caso.

En efecto, los cinco votos incluidos en el fallo no pueden ser aplicados como un precedente, por su falta de la decisión central, (Cardella, 2021) al no ser sus argumentos uniformes (Aristimuño, 2021; Losi, 2021).

El voto conjunto de la sentencia se inicia con una serie de "sí, pero no" (Lorenzo y Balderrama, 2021), a saber:

Se reconoce la facultad de las provincias de legislar sobre procedimientos judiciales “**sin perjuicio**” de las disposiciones reglamentarias que sancione el Congreso; que las provincias “**si pueden**” señalar las reglas por las que los procesos deben ser sustanciados y terminados “**pero no pueden**” con ellas destruir ni anular las previsiones de las leyes sancionadas por el Congreso; que las leyes procesales “**pueden prever**” la

¹¹ Ver C.S.J.N. en “Cañete, Carlos Eusebio y otro s/Incidente de Recurso Extraordinario”, sentencia del 07.12.21 (Fallos: 344:3585); “Anselmi y Cía. SRL c/ Administración Federal de Ingresos Públicos -DGI- s/ impugnación de deuda”, sentencia del 17.12.20 (Fallos: 343:2135); “Civilotti Julio Omar y otra c/ Vega Juan Manuel y otros”, sentencia del 11.06.1998 (Fallos: 321:1642); “Amaya, Mario Abel s/ presunto secuestro, apremios ilegales, malos tratos, vejaciones y tormentos seguidos de muerte”, sentencia del 06.04.1993 (Fallos: 316:609); “Etchevehere, Arturo R. y otro c/ Gilberto Izaguirre”, sentencia del 04.05.1982 (Fallos: 304:590). Ver también: C.S.J.N. “La sentencia como unidad lógico-jurídica”. Recuperado de: <https://sj.C.S.J.N..gov.ar/homeSJ/notas/nota/7/documento>

caducidad de un derecho, “**pero no decidir**” la pérdida de la acción.¹²

Se postula que **si bien la caducidad y la prescripción no son institutos idénticos**, están “estrechamente vinculados” y es **por ello que** la Corte usa la prescripción para efectivizar la garantía del plazo razonable.¹³

Se sostiene que las legislaturas locales **no pueden** eludir la competencia fijada en la C.N., **pero sí pueden** legislar los procedimientos para efectivizar la garantía de ser juzgado en un plazo razonable **aunque no están facultadas** para hacerlo conforme lo previsto en el art. 282 CPPChu.¹⁴

Más allá de los reparos que merece esta forma zigzagueante de redacción de la sentencia, hay una conclusión que sí resulta clara: la mayoría postula que la prescripción de la acción -que sería resorte del código de fondo- es el modo de efectivizar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

Este último criterio no es compartido por el vocal Lorenzetti, quien argumenta que la regulación de la garantía del plazo razonable a través del art. 282 CPPChu no implica una intromisión de esa provincia en las facultades delegadas a la Nación, pues el sustrato de la misma es indudablemente procesal, no sustantivo. Agrega que no es posible asimilar -por no ser términos equivalentes- la prescripción con la regulación de la garantía del plazo razonable realizada por la norma de Chubut, negando que los tiempos previstos para la prescripción puedan ser utilizados como baremo para determinar la “duración razonable del proceso penal”.¹⁵

¹² Considerando N° 2) del voto innominado

¹³ Considerando N° 3) del voto innominado

¹⁴ Considerando N° 4) del voto innominado

¹⁵ Ver considerando 13) del voto de Lorenzetti

El voto en análisis concluye que las provincias sí están habilitadas para regular la garantía a ser juzgado en un plazo razonable debido a que se trata de una materia de índole procesal, -lo que es prácticamente un voto en disidencia- (Heredia, 2021), limitándose a cuestionar por irrazonable el término fijado por el legislador de Chubut.

En relación con los precedentes que cita el Tribunal Nacional, de los que pretende concluir que como casos análogos siempre se resolvieron así, y al estar la norma de Chubut comprendida en dichas premisas le cabría igual solución, a poco de analizarlos se advierte la falta de sustento de tal postulación.

Es real que en "Mustazzi"¹⁶ y en "Miranda",¹⁷ no se aceptó la extinción de la acción penal como sanción por violación a preceptos provinciales de forma,¹⁸ pero también es cierto que en esa fecha el concepto del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, no tenía entidad en nuestro país, lo que recién ocurrió en 1968 al dictarse "Mattei".¹⁹ En "Echarde",²⁰ la solución fue idéntica al fulminar con inconstitucionalidad a una norma procesal local que establecía una causal de extinción de la acción penal.²¹

Ahora bien, de lo que no se hace cargo nuestro Címero Tribunal, es del hecho que desde 1937 (cuando se dictó "Mustazzi") al día de la fecha, el procedimiento penal -y también el derecho penal- sufrieron un cambio de paradigma que exige repensar las soluciones propuestas desde antaño, para

¹⁶ C.S.J.N., sentencia del 04.06.1937 (Fallos: 178:31)

¹⁷ C.S.J.N., sentencia del 16.05.51 (Fallos: 219:400)

¹⁸ Lo mismo se resolvió también en "Nazareno, José, y otros" sent. del 19.05.67 (Fallos: 267:468)

¹⁹ C.S.J.N., sentencia del 29.11.68, (Fallos: 272:188)

²⁰ C.S.J.N., sentencia del 11.11.86, (Fallos: 308:2140)

²¹ Se resolvió de igual modo en C.S.J.N. "Rouges, León c/ Aliaga García, Fernando Eugenio", sent. del 11.05.70 (Fallos: 276:376)

ajustarse a los cambios que con toda certeza sucedieron: ahora existen sistemas acusatorios, el procedimiento tiende a oralizarse, se extendieron los principios inmediación y contradicción, se le dio cabida en el proceso a la víctima del delito, se busca resolver conflictos al recurrir a medios alternativos y se consagró el principio de oportunidad, entre otros.

Y justamente son estos cambios copernicanos los que permiten concluir que los fallos citados por el Tribunal no se refieren a circunstancias relativamente parecidas, ni análogas ni semejantes, lo que exigía una respuesta adecuada a la realidad.

IV. Las facultades delegadas a las provincias en nuestro régimen constitucional. Las normas de fondo y de forma

La C.N. toma como modelo de su federalismo a la Carta Magna Norteamericana conforme lo postulaba Alberdi, quien entendía que éste era el mejor modelo posible a fin de lograr la organización nacional (Palazzo, 2021; Zimmermann, 2015) y que fue el resultado de nuestro proceso de independencia iniciado en 1810. (Sander, 2001; Ferreira, 2012).

En lo relativo a la delegación para sancionar los códigos de fondo, indica el actual artículo 75 inciso 12 de la C.N., que corresponde al Congreso de la Nación dictar los códigos Civil y Penal entre otros, sin que alteren las jurisdicciones locales, lo que es prueba cabal del sistema federal que nos rige, tal como lo pretendía Alberdi (2017). Esta norma distingue la facultad para dictar normas de derecho común y de derecho federal, las que están a cargo del poder legislativo nacional, de lo que resulta que la atribución para resolver los conflictos suscitados por las primeras, es responsabilidad de los estados provinciales.

Justamente sobre el alcance de la facultad del Congreso de dictar los códigos de fondo, hubo dudas -algunas no resueltas al día de la fecha-, cuyo origen se remonta a su propio nacimiento, (Gelli, 2004) las que no logra disipar el fallo en análisis.

Vale recordar que en algún momento de nuestra historia, la Confederación Argentina pretendió ser unitaria, lo que resulta - en cuanto al tema objeto de esta investigación- de la letra de las Constituciones de 1819 y 1826, las que incluyeron dentro de las facultades del Congreso Nacional la de reglar la forma de los juicios.

El primer debate en torno a la atribución de dictar los códigos de forma se suscitó en el seno del Congreso Constituyente de 1853; luego la Convención de Buenos Aires que revisó dicha constitución propuso enmendar el texto original conforme lo propusiera Sarmiento, (Heredia, 2000) razón por la cual fue motivo de análisis el inciso 11 del artículo 64 que determinaba que correspondía al Congreso dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería, y especialmente leyes generales para toda la Confederación sobre ciudadanía o naturalización, sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

Cuando se discutió esta cláusula, fue impugnada por Zavalía (Palazzo, 2021), quien sostenía que la facultad de dictar los códigos debía ser propia de las legislaturas provinciales, no del Congreso. Postulaba que la unificación de aquéllos era contraria a la forma de gobierno adoptada, ya que el derecho de las provincias era justamente el de darse las leyes más adecuadas a su organización, costumbres y particularidades. El miembro informante de la Comisión redactora, Gorostiaga, contestó tal impugnación, al sostener que la cuestión había quedado resuelta

al votarse el artículo 24 que propiciaba la reforma de la legislación en todos sus ramos. Sostuvo que si se dejaba a cada provincia esta facultad, la legislación sería un inmenso laberinto y sobrevendrían males incalculables (Ekmekdjian, 1997).

La reforma constitucional de 1860 agregó a la constitución de 1853 en el art 67 inc. 11 que los códigos de fondo no debían alterar las jurisdicciones locales, y es por ello que corresponde su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones (Sarmiento, 1900). De este modo se acrecentaron las facultades reservadas por las provincias, (Ekmekdjian, 1997) las que tenían prohibido sancionar dichas normas de fondo, una vez que el Congreso lo hubiese hecho.²² También discutieron el tema Alberdi y Vélez Sarsfield y se examinó la cuestión en el Congreso al tratarse el proyecto de ley que implantaba el juicio por jurados y nombraba una Comisión para redactar el proyecto de ley de procedimientos para tal fin (1870/71) “oportunidad en que Mitre, senador, instó a los juristas analizar mejor este inciso” (Heredia, 2020).

Como dato de contexto, vale señalar que Mitre, Sarmiento, Alberdi, Fernando Centeno y el mismo Vélez Sarsfield sostenían que el código civil era solo temporariamente nacional, es decir que las provincias podrían en uso de su soberanía, hacerle las modificaciones que juzgaren convenientes. Felizmente, esa predicción no fijaba plazo y aun no se ha realizado. (Cabral Texo, 1920).

Más allá del derrotero histórico de la C.N. y la división de facultades entre la Nación y las provincias, lo real es que un

²² Ver C.S.J.N. en “Ramos, Raúl Alberto c/ Batalla, Eduardo I., sent. de fecha 21.10.70 (Fallos: 278:62); “De la Orden, Manuel c/ Ingenio San Isidro S.R.L.”, sent. de fecha 06.07.56 (Fallos: 235:296)

sistema federal como el nuestro supone la existencia de dos órdenes de poder territorial entre los que se distribuyen atribuciones los Estados federados y el Estado central (Gelli, 2008). Así las cosas, del juego armónico de los arts. 5, 116 y 122 de la C.N., es un hecho no controvertido que las provincias se reservaron la facultad de dictar los códigos de forma, a fin de regular el procedimiento judicial (Bidart Campos, 1968).

Las distintas doctrinas que existen en relación con la potestad del Congreso Nacional de dictar disposiciones procesales pueden sintetizarse de la siguiente forma (Crosetti, 2021):

- **Interpretación “rígida” del artículo 67 inc. 11 y 104**, fue la dominante con la Constitución de 1853-60, por la cual se entendían claramente separadas las facultades de la Nación de las de las Provincias. Tuvo una corta duración, al ser sancionado el código Civil de Vélez, el que contenía numerosas normas de índole procesal a los que la C.S.J.N. les otorgó validez.
- **Amplitud de facultades reservadas a las provincias:** Atento a la distribución de potestades que realiza la C.N., se encuentra reservada a las provincias el dictado de sus códigos de forma. Ello surge de los incs. 12, 121 y 126 del artículo 75 de la C.N. Ello es así por cuanto el artículo 75 inc. 12 C.N. no menciona a las normas de forma entre las facultades legislativas del Congreso Nacional. A ello se agregan las previsiones del artículo 121 C.N. que refieren que las provincias conservarán todo el poder no delegado al Congreso de la Nación y el art 126 (contracara del artículo 75 inc. 12 C.N.) que detalla las potestades que las provincias no podrán ejercer por haber sido delegadas a la Nación, entre las que no se enuncia a las normas procesales.

- **Restricción de las facultades reservadas a las provincias:** El Congreso de la Nación está facultado para dictar normas procesales, dado que las disposiciones reservadas para las legislaciones locales son las procesales de tipo “orgánicas” que aseguren una buena administración de justicia, y no aquellas que sean convenientes para el ejercicio de los poderes de la Nación, lo que es una potestad propia del Congreso Nacional. Extrae sus postulados de la lectura de los arts. 5, 24 y 75 inciso 32 de la C.N., y sostiene que si bien es cierto que el dictado de las normas procesales se encuentra reservado a las legislaciones locales por mandato de nuestra Carta Magna, esta potestad no es del tipo “amplia” (dictado de toda clase de disposiciones de procedimiento), sino que se encuentra restringida a aquellas consideradas de tipo orgánicas. Es decir, aquellas que como bien dispone el artículo 5 de la C.N., permitan y aseguren una correcta administración de la justicia local. Mientras tanto, el resto de las normas procesales podrían ser dictadas por el Congreso Nacional, sin que ello genere un conflicto respecto a su constitucionalidad.

- **Doctrina intermedia:** El artículo 75 inc. 32 de la C.N. es el que define esta discusión y es la receptada por la C.S.J.N. Ésta considera que cuando la C.N. confirió al Congreso de la Nación la potestad de dictar las normas de fondo, le reconoció también la atribución de dictar aquellas que son de procedimiento pero que resulten inherentes al funcionamiento de determinada institución, si ello fuera necesario. El objetivo es evitar así que la esencia misma de un instituto sea subvertida por las

disposiciones procesales correspondientes a cada legislación local.

Dado que el derecho de fondo proporciona los fundamentos para la solución de los conflictos sociales, mientras que el derecho formal, regula las vías por las cuales serán solucionados (Maier, 2004), el art. 282 CPPChu resulta una clara muestra de esto último: el derecho procesal provincial reguló medulosamente la forma en que sería sancionada la inacción acusadora.

En la actualidad, el debate cobra nueva vigencia en el marco del proceso reformista concretado en varias provincias en torno del enjuiciamiento penal, el cual procura alcanzar el modelo acusatorio que está inscripto en la C.N.

En este escenario, la nota de remisión del proyecto de Código Procesal Penal Federal de la Nación (en adelante C.P.P.F.), es prueba cabal del reconocimiento por el Poder Ejecutivo Nacional de lo actuado en las jurisdicciones locales, las que buscaron alcanzar la constitucionalización del proceso penal por ejemplo a través de la regulación de la garantía del plazo razonable del procedimiento (Heredia, 2015). Esta expresa: “Existe una larga tradición académica y jurisprudencial que ha permitido afianzar (...) la necesidad de orientar el trabajo y el diseño de la justicia penal a los estándares constitucionales y de los tratados internacionales (...) Los cambios normativos más significativos se reflejan en la legislación de las jurisdicciones provinciales, que, pese a diversas diferencias programáticas, lograron reformar con singular éxito el diseño de sus sistemas de enjuiciamiento penal.”²³

²³ El Poder Ejecutivo remitió el proyecto de código al Congreso de la Nación, mediante mensaje 1936, nota de fecha 21.10.14, con ingreso en el Senado de la Nación el 22.10.14. Es evidencia de la facultad de las provincias de

En el contexto de las normas de fondo, la posición generalizada en nuestro país sostuvo durante casi todo el siglo XX, que el artículo 71 del código Penal Argentino (en adelante C.P.A.) al consagrar los principios de legalidad, oficialidad e irretractabilidad de la acción penal pública, impediría a las provincias legislar criterios de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba o la caducidad del derecho de acusar por inacción del órgano fiscal, sin contradecir dicha norma sustantiva.²⁴

En el año 2015, mediante la ley 27.147 se reformaron varios artículos del CPA -entre ellos el señalado 71- el que quedó redactado de la siguiente manera: “Sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal”, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, a excepción de las que dependieren de instancia privada y las acciones privadas. Esta modificación a la norma de fondo penal tuvo por objeto armonizar sus prescripciones con las modificaciones suscitadas en los códigos procesales provinciales desde finales del siglo XX, lo que evidencia a las claras el

regular lo atinente a la duración razonable del proceso lo sucedido con dicho código el cual, por obvias razones, fue sancionado por el Congreso de la Nación. Éste regla, por ejemplo, la suspensión del juicio a prueba, el principio de oportunidad, y el plazo de duración del proceso –aunque no lo haga con efectos extintivos-, lo que permite concluir que la naturaleza de la que se inviste a tales institutos, es procesal, al estar insertos en una norma de ese mismo carácter.

²⁴ Sobre el particular se debe tener en cuenta que el hecho que la acción penal esté regulada en el CPA, no la transforma de ninguna manera en “derecho sustantivo sólo regulable por normas de fondo” como pretende la Corte. Son prueba de lo dicho, por ejemplo las previsiones del art. 23 CPA modificado por la ley 25.815 en cuanto en sus dos últimos párrafos se refiere a medidas cautelares, que son de naturaleza procesal insertas en el código de fondo: claramente su ubicación no modifica su naturaleza jurídica

reconocimiento por el Poder Legislativo Nacional, de la potestad de las provincias de regular lo atinente a la acción penal.²⁵

Resulta evidente que la regulación del ejercicio de las acciones dentro del código Penal implicó un exceso legislativo en las facultades delegadas (Zvilling, s/f; Pandolfi, 2007), lo que se patentiza si se realiza un breve recorrido de las normas que sirvieron de base al mismo, las que evidencian a las claras qué quisieron delegar las provincias a la Nación. Ello permite concluir que el Congreso Nacional desvirtuó con las previsiones

²⁵ Es una muestra del espíritu de esta norma, en el texto que acompañó al proyecto de ley, se expuso: “Vengo a presentar un proyecto de ley de reforma del Código Penal, en materia de extinción y régimen del ejercicio de las acciones penales, tendiente a armonizar las prescripciones de dicho Código de fondo a las reformas introducidas con motivo de la aprobación del Código Procesal Penal de la Nación dispuesta por la Ley N° 27.063. (...) En línea con lo previsto en los cuerpos normativos procesales provinciales de la última década, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación introdujo para el orden federal y nacional disposiciones en materia de disponibilidad de la acción penal (...) toda vez que el Código Penal contiene disposiciones de naturaleza procesal, con el fin de evitar cualquier tipo de controversia innecesaria entre éstas y lo regulado tanto por las provincias como por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en último término también a nivel nacional y federal, es que se estima conveniente efectuar modificaciones puntuales al Código de fondo, con el grado de generalidad y flexibilidad suficientes para dar lugar a que cada jurisdicción ejerza plenamente sus competencias legislativas en esta materia. (...) se establece que el principio de oficiosidad de la acción penal previsto en el artículo 71 del Código Penal, deberá interpretarse sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal (...) los cambios puntuales promovidos respecto de la legislación penal de fondo corresponden al ejercicio de las competencias establecidas bajo el sistema federal de gobierno adoptado por la Nación, y con ellos se consolidan tanto los procesos de reforma procesal penal a nivel nacional y federal como los desarrollados en las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de forma tal que su adopción resulta de interés y utilidad para todo el país”... fundamentos del proyecto de ley presentado por los senadores Rodolfo J. Urtubey.- Pablo G. González.- Marcelo J. Fuentes.- Sigrid E. Kunath.- Pedro G. A. Guastavino. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/legislacion40950.pdf>

del código de fondo penal el alcance federal dado por el constituyente a la fórmula constitucional. A ello agrego que en el caso en análisis la Corte Nacional no justificó, por qué la acción penal debe estar regulada en el C.P.A. (Lorenzo y Balderrama, 2021) como lo postula la llamada doctrina tradicional (Soler, 1970; Núñez, 1982; Fontán Ballestra, 1990), posición que exige ser revisada en la actualidad.

En razón de lo señalado, concluyo que de la interacción de los principios sentados en consideración a las facultades propias y delegadas de las provincias y de la incumbencia de las normas de fondo y de forma, hay argumentos más que válidos para sostener que -conforme nuestra tradición constitucional- lo atinente a los plazos, forma y sanción por incumplimiento de las prescripciones sobre cómo llevar adelante el proceso penal, son resorte de los códigos procesales de cada provincia del país.

V. El plazo razonable

Ser imputado en un proceso penal con fundamento en la presunta comisión de un delito implica un acto de coacción para cualquier persona. Esta sospecha no habilita al órgano acusador a tener a un ciudadano que goza de la presunción de inocencia sometido a proceso de modo indefinido. Es por ello que el derecho a obtener una sentencia en el menor tiempo posible es una de las garantías del proceso que busca disipar la zozobra que éste coloca sobre los hombros del acusado.²⁶

²⁶ Si bien en el presente trabajo se analiza el derecho a ser juzgado en un plazo razonable a la luz de los derechos de los imputados, es real que se trata de un derecho bifronte, toda vez que también gozan del mismo las víctimas del delito. A éstas afecta igualmente el transcurso del tiempo, ya que el mismo diluye su derecho a obtener pruebas, a que se deslinden responsabilidades y a obtener una reparación integral. En el fallo en análisis, los familiares de Oscar Rodrigo Méndez -por cuyo fallecimiento fueron imputados Brian Price, E. R. y E. P., estos dos últimos menores al momento

Por lo dicho, si los tribunales no llegan a término con la sentencia que les es requerida, el derecho a la jurisdicción del imputado se frustra aun cuando hubiera accedido al tribunal, puesto que éste no es un fin en sí mismo, sino un escalón mediante el cual se transitan otros posteriores y subsiguientes (Bidart Campos, 2004).

V.1. El criterio de la C.S.J.N.

Antes de la reforma constitucional de 1994, nuestro Máximo Tribunal construyó el concepto de plazo razonable para resolver un caso, al sostener que una rápida y eficaz decisión judicial, integra la garantía del debido proceso.

Cimentó esta conclusión al conglobar el mandato del preámbulo de la C.N. de afianzar la justicia, más la presunción de inocencia del artículo 18 C.N., el régimen republicano de gobierno previsto en el artículo primero C.N., a los que agregó los mandatos implícitos del artículo 33 C.N. Sostuvo que “la garantía constitucional de la defensa en juicio supone elementalmente la posibilidad de ocurrir ante algún órgano jurisdiccional en procura de justicia, la que no debe ser frustrada por consideraciones de orden procesal o de hecho”.²⁷

En "Mattei"²⁸ la C.S.J.N. expuso que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento que ponga término “del modo más breve”, a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal, y destacó que el derecho a obtener un

del suceso- debieron esperar más de 14 años para que se determine que a nadie le cabe responsabilidad penal en relación a los hechos que terminaron con su vida.

²⁷ C.S.J.N. en "Cavura de Vlaslov c. Vlaslov", sent. de fecha 25.03.60 (Fallos 246:87).

²⁸ C.S.J.N. "Mattei", sent. de fecha 29.11.68 (Fallos 272:188)

pronunciamiento del modo más rápido posible estaba incluido en las garantías de la defensa y el debido proceso. En "Pileckas" resolvió en idéntico sentido.²⁹ Agregó en "Mozatti" que afianzar la justicia, la presunción de inocencia, la inviolabilidad de defensa en juicio, y el debido proceso legal, "se integran por una rápida y eficaz decisión judicial".³⁰

Cuando en el año 1994 se incorporan a la C.N. los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (en adelante Tratados Internacionales de DDHH),³¹ adquiere una nueva dimensión el principio que exige que los procesos judiciales tengan una duración razonable.³²

La C.S.J.N. señaló que la razonabilidad del plazo de juzgamiento no puede traducirse en un número de días, meses o años,³³ y que en todos los casos se deben formular referencias a las particularidades del caso³⁴ a fin de ponderar en cada situación concreta, si se respetó la garantía de ser juzgado sin demoras injustificadas. Sostuvo también que el derecho a obtener un pronunciamiento sin dilaciones indebidas se encuentra limitado a la demostración de lo irrazonable de esa prolongación,³⁵ pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y precisamente la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible, para lo cual se debe analizar la complejidad del mismo, la conducta del imputado y la manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

²⁹ C.S.J.N. Pileckas, sent. de fecha 12.05.77 (Fallos 297:486)

³⁰ C.S.J.N. "Mozzatti", sent. de fecha 17.10.78 (Fallos 300:1102). 4

³¹ Conf. art 75 inc. 22 C.N.

³² Ver. Art. 8 de la CADH; Art. XXV de la DADDH y Art. 14.3.c del PIDCyP

³³ Fallos: 310:1476; 322:360; 323:382 y 327:327, entre otros

³⁴ Fallos: 332:1512 y 334:1302; 344:378, entre otros

³⁵ Fallos: 330:4539 y sus citas

La Corte mencionó que el principio en estudio no es sólo corolario del derecho de defensa en juicio (artículo 18 de la C.N. derivado del "speedy trial" de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica), sino que se encuentra también previsto expresamente en los Tratados Internacionales de DDHH incorporados a la Constitución Nacional como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a justicia (artículo 8.1 de la CADH y artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en función del artículo 75, inc. 22, de la C.N.).³⁶

En base a esta normativa la C.S.J.N. fijó sus estándares en materia penal.³⁷

V.2. Los criterios de la Corte IDH

En relación a la conceptualización genérica del “plazo razonable” la Corte IDH tiene muchos precedentes tanto en procesos penales como no penales, en los que sostuvo que la razonabilidad del plazo debe apreciarse en cada caso concreto,³⁸ en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva,³⁹ es por ello que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales,⁴⁰ aun cuando

³⁶ C.S.J.N. “Espíndola, Juan Gabriel”, sent. de fecha 09.04.19 (Fallos 342:584)

³⁷ Ver C.S.J.N. "Amadeo de Roth" (Fallos: 323:982); "Barra" (Fallos: 327:327); "Egea" (Fallos: 327:4815); "Podestá" (Fallos: 329:445); "Acerbo" (Fallos: 330:3640); "Cuatrín" (Fallos: 331:600)

³⁸ Corte IDH “Muelle Flores v. Perú”, sentencia de fecha 06.03.19, párr. 155. Duración del proceso: 26 años (desde la primera sentencia de la Corte Suprema, del 2 de febrero de 1993) y 19 años (desde la sent. de fecha Tribunal Constitucional, de 10 de diciembre de 1999)

³⁹ Corte IDH “Mémoli v. Argentina”, sentencia de fecha 22.08.13, párr. 171. Duración del proceso: Más de 15 años

⁴⁰ Corte IDH “Perrone y Preckel v. Argentina”, sentencia de fecha 08.10.19, párr. 141. Duración del proceso: 13 años (Perrone) y 10 años y 11 meses

en ciertas situaciones particulares, puede ser pertinente una valoración específica de las distintas etapas del proceso,⁴¹ inclusive la de ejecución de sentencia.⁴²

Determinó que son elementos para determinar si se cumplió o no con la garantía del plazo razonable: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso,⁴³ concepto que mereció agudas críticas por parte de Pastor (Pastor, 2004).⁴⁴

(Preckel); Corte IDH “Carvajal y otros v. Colombia”, sentencia de fecha 13.03.18 párr. 105. Duración del proceso: 17 años; Corte IDH “Pacheco León v. Honduras”, sentencia de fecha 15.11.17., párrs. 118 y 119. Duración del proceso: 16 años; Corte IDH “Favela Nova Brasilia v. Brasil”, sentencia de fecha 16.02.17, párr. 217. Duración del proceso: 15 años (procedimiento relativo a la redada de 1994) y 14 años (procedimiento relativo a la redada de 1995)

⁴¹ Corte IDH “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros v. Brasil”, sentencia de fecha 05.02.18, párr. 134. Duración del proceso: 20 años.

⁴² Corte IDH “Andrade Salmón v. Bolivia”, sentencia de fecha 01.12.16, párr. 157. Duración del proceso: 11 años y 10 meses; Corte IDH “Furlan y familiares v. Argentina”, sentencia de fecha 31.07.12, párr. 149. Duración del proceso: 9 años y 11 meses (más 1 año y 9 meses hasta el pago efectivo de la indemnización)

⁴³ Corte IDH “Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros v. Brasil”, sentencia de fecha 05.02.18, párr. 135; Corte IDH “Carvajal y otros v. Colombia”, sentencia de fecha 13.03.18 párr. 105; Corte IDH “Pacheco León v. Honduras”, sentencia de fecha 15.11.17, párr. 120. Duración del proceso: 16 años; Corte IDH “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela”, sentencia de fecha 22.06.15, párrs. 255-256 Duración del proceso: Más de 7 años; Corte IDH “Fornerón e hija v. Argentina”, sentencia de fecha 27.04.12, párr. 66

⁴⁴ Postula Pastor que es obligación internacional de los Estados fijar legislativamente un plazo máximo de duración de los procesos penales y sus consecuencias en caso de violación; es decir que no deja librada a los jueces la determinación del incumplimiento de la garantía del plazo razonable en cada caso sometido a resolución

V.3. Facultades para regular la duración razonable del proceso penal mediante el instituto de la caducidad

Al compartir en gran medida el voto del Dr. Lorenzetti - aunque no sus conclusiones- resulta vital delimitar conceptos que exigen precisión de tal modo de evitar equiparaciones que no corresponden: No son institutos análogos la caducidad por violación del plazo razonable y su consecuente sanción, el sobreseimiento, ni la prescripción de la acción penal.

En la sentencia estudiada nuestro Máximo Tribunal Nacional reconoció que las provincias están legitimadas a regular el tiempo en los que los procesos deben llevarse a cabo y terminar.⁴⁵ En este contexto se debe analizar si el instituto de la caducidad como mecanismo procesal que tiende a asegurar la garantía del plazo razonable mediante el sobreseimiento del imputado, resulta ajustado a derecho. Sin dudas que el art 282 CPPChu es de naturaleza procesal y lo que regula es un plazo de caducidad por falta de acusación, al efectivizar la garantía del plazo razonable. Ello lleva a concluir que sería cuestionable una norma general sancionada por el Congreso de la Nación que determine en qué término se desoyó la garantía del plazo razonable o que fije caducidad en los procesos por falta de impulso, a la luz justamente de dicha garantía, ya que ello no es propio de su competencia constitucional

Este es uno de los argumentos que precisamente invalida la doctrina del fallo: La garantía del plazo razonable es de naturaleza procesal por lo que solo las provincias están constitucionalmente habilitadas para regularla (Heredia, 2021).

⁴⁵ Ver considerando 2) del voto innominado, 2do párrafo; considerando 7) del voto de Highton de Nolasco; considerando 8) del voto de Maqueda y considerando 9) del voto de Lorenzetti

En este sentido, resulta fundamental, definir con precisión institutos que resultan análogos, pero no por ello equiparables: la caducidad y la prescripción de la acción. La confusión entre estos términos surge, en parte, por la similitud de las consecuencias que tiene cada uno de estos institutos.

La prescripción de la acción regulada en el C.P.A. es una garantía del imputado, no un problema de la acción (Binder, 1999) y tiene en consideración -en líneas generales- la escala penal del delito considerado en abstracto, además de la comisión de nuevos ilícitos y los actos procesales llevados adelante en la causa penal. Se funda en el tiempo que tiene el M.P.F. para llevar adelante la persecución. Extingue la acción penal, de la misma forma en que lo hacen la muerte de imputado o su amnistía, por ejemplo; es decir que fenece el derecho del Estado de acusar, el que no existe más.

No existe un derecho constitucional a la prescripción al no estar garantizada en la C.N. -ni expresa ni implícitamente- por lo que no integra las garantías de la defensa en juicio. Sin embargo, sí es un derecho constitucional, que el trámite del procedimiento se desarrolle sin dilaciones indebidas y que al estar previstas legalmente las normas sobre prescripción, integren el principio de legalidad con las consecuencias que implica: prohibición de retroactividad y de interpretación analógica *in malam partem*. (Grisetti, 2009; Gelli, 2004).

En relación con el plazo razonable y tal como se señalara en los puntos precedentes, de acuerdo con los estándares de la Corte IDH y de la C.S.J.N., lo que debe ponderarse a los fines de analizar su violación es la diligencia con que se lleva adelante una persecución ya iniciada. Por lo señalado, el plazo razonable puede verse vulnerado en el momento en que opere la prescripción de la acción penal, pero también sería factible que

la desidia de la acusación en el impulso de una causa, violente la garantía incluso antes de que sea aplicable la prescripción.

Es por ello que el cumplimiento de las normas supra legales relativas al derecho de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable fue acogido en la norma del CPPChu, que expresa que la etapa preparatoria tendrá una duración determinada y que transcurrido ese plazo deberá dictarse el sobreseimiento del imputado. Lo que consagra es un plazo de caducidad de la etapa de investigación, no regula la extinción de la acción penal por prescripción (Heredia, 2021) aunque las consecuencias de ambas sean parecidas, puesto que la acusación no podrá ser reeditada en virtud de la garantía del “non bis in ídem”.

Incluso Creus (1993) deja abierta la posibilidad de que a fin de no violar dicha garantía “**la ley procesal** permita una fórmula distinta” a la de la absolución que él propone. En este sentido, su argumento refuerza la idea de que se trata de una norma de carácter procesal, y que, por tanto, no es asimilable a la prescripción.

Una sentencia de sobreseimiento puede tener multiplicidad de causas y es una de las posibles la extinción de la acción penal, pero también se podrá sobreseer si el hecho no se cometió, el imputado no fue autor o partícipe del mismo, la conducta es atípica o media una causal de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.⁴⁶ También se puede

⁴⁶ Resulta esclarecedora la opinión de Soler en un dictamen como Procurador de la C.S.J.N., quien sostuvo que “La acción penal es irrevocable... debiendo necesariamente terminar el proceso con la absolución o condena de aquel contra quien ha sido dirigida. En consecuencia, no es necesariamente contraria la esencia del juicio criminal una disposición que imponga al actor un especial deber de instar el procedimiento... Si así no fuera, sería posible mantener una persona bajo proceso durante toda su vida... No es posible negar entonces la ilegitimidad de aquellas prescripciones que... imponen al querellante por delito de acción privada la obligación de instar el procedimiento dentro de plazos determinados. Empero, el problema estriba

sobreseer por caducidad del derecho de acusar, en razón del transcurso del tiempo sin actividad impulsora del fiscal, que es la fórmula que propone el cuestionado artículo 282 CPPChu.

En el caso de la caducidad, no se “aniquila” el derecho del que se trate, éste sigue existiendo sólo que el legislador prevé un obstáculo que impide que la acción continúe, en este caso concreto, por la ya señalada demora en instar la causa por parte del órgano acusador.⁴⁷ Puesto que las normas relativas a la caducidad son reglamentarias de la garantía constitucional de ser juzgado en un plazo razonable y son de naturaleza procesal, las provincias conservan la facultad para regularlas (Sagués, 1997) y exactamente eso es lo que hizo el legislador de Chubut.

En similar sentido se dijo que “existe un **plazo procesal** importante que conduce a la extinción de la acción penal, a la caducidad de la persecución penal, ya sin fundamento en la regla respectiva del CP (artículo 59 y ss.)”, este es el plazo razonable

en determinar cuál puede ser la consecuencia de la inactividad del querellante y, en todo caso, si es válida la ley cordobesa en cuanto dispone que el Juez debe sobreseer definitivamente al acusado de no instarse el procedimiento ... Todo esto conduce una única solución: en los casos de inactividad del querellante la única consecuencia razonable compatible tanto con las peculiaridades propias del proceso penal como con el respeto debido los derechos individuales es el agotamiento de la acción penal por vía de una declaración de sobreseimiento definitiva favor del imputado. A esta conclusión se le opone el reparo de que en esta forma resultan modificados los plazos de prescripción del código Penal, ya que el simple transcurso de un mes bastaría para dar por extinguida la acción penal. Pero la objeción carece de fundamento sólido porque reposa sobre un equívoco, equívoco que proviene de no haber reparado en que la atribución de las legislaturas locales para legislar sobre el agotamiento de la acción penal cuando ella ya ha sido ejercida, es tan válida desde el punto de lo dispuesto en el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional, como la atribución del Congreso para legislar sobre las causas que pueden motivar la extinción de la pretensión punitiva (art. 59 del C. P.). Ver C.S.J.N. en " Abascal, Tomás.", sent. de fecha 30.09.59 (Fallos 244:568)

⁴⁷ Repárese que en el ámbito civil, de haber finalizado una causa por caducidad, si el derecho a la acción no hubiera prescripto se puede reclamar nuevamente, prueba cabal que la misma no lo “extingue”.

de duración del procedimiento. Pero “¿Cuál debe ser la duración de este plazo y cuál el modo de fijarlo?, es hoy, todavía, discutible, a pesar del reconocimiento universal sobre la existencia del plazo y la obligación del Estado de juzgar en cierto lapso” (Maier, 2011).⁴⁸

Desde el momento en que la norma impone un plazo fatal al órgano acusador, lo que exige es que actúe de forma expedita so pena de perder su derecho de acusar, en la medida en que no puede quedar a su arbitrio -o a la espera que la causa prescriba- imprimir velocidad a la labor que le fuera encomendada mediante la dilapidación de los recursos del Estado y el sometimiento del acusado de cometer un delito, a un proceso sin fin.

La caducidad -en el caso en análisis- acontece cuando no hay actividad del órgano acusador, mientras que en la prescripción casi todas las hipótesis de interrupción de los plazos tienen relación con actos jurisdiccionales (artículo 67, sexto párrafo, incisos b, d, e, Cód. Penal). La caducidad del artículo 282 CPPChu sólo se refiere a los tiempos de la etapa preparatoria, a diferencia de la regulación sobre prescripción del C.P.A. que alude a todo el proceso (Ledesma y Ahumada, 2021).

Conforme lo señalado, comparto la opinión de De la Fuente (De la Fuente, s/f como se citó en Ledesma y Ahumada, 2021), quien sostiene que “el derecho constitucional que tiene todo imputado a ser juzgado en un plazo razonable no debe hacerse efectivo a través del instituto de la prescripción -que pertenece al derecho penal material-, sino a través de disposiciones de carácter procesal que establezcan límites claros para la duración

⁴⁸ Y esto que en 2011 era “discutible” según Maier, en 2021 pudo adquirir certeza de no haber desaprovechado la oportunidad histórica que le dio a la Corte el fallo llevado a su resolución

de los procesos. Para que estas disposiciones puedan ser efectivas, como ocurre en la legislación procesal de la Provincia de Chubut, debe contemplarse de manera clara y contundente una sanción procesal para los casos en que el proceso penal supere los plazos estipulados, de modo que no funcionen ni puedan ser interpretadas como disposiciones que establecen términos meramente ordenatorios sino “perentorios”.

V.4. Previsiones de las normas de forma a lo largo del país

Respecto a lo previsto a lo largo del país en los códigos Procesales Penales, resulta mandatorio analizar cuáles fueron los criterios volcados en dichos digestos, de los cuales se puede inferir que no hay un tratamiento uniforme de la cuestión.

El C.P.P.F. fija en el artículo 119 que el plazo máximo de duración de un proceso será de tres años contados desde el acto de la formalización de la investigación preparatoria. A su vez, la norma dispone que su incumplimiento implica tanto para el juez como para el representante del M.P.F. una falta grave y causal de mal desempeño. No hay otra sanción legal.

El código Procesal Penal de Tucumán (en adelante C.P.P.T.) refiere en el artículo 229 que la etapa preparatoria tendrá una duración máxima de seis meses desde la apertura de la investigación. Transcurrido ese plazo será de aplicación el Artículo 251 inciso 7), pudiéndose solicitar prórroga de la etapa preparatoria por cuatro meses, como máximo hasta tres veces, lo que arroja un plazo máximo total de 18 meses para esta fase. Este artículo debe ser leído en consonancia con el 251 C.P.P.T. que indica que el sobreseimiento procederá a requerimiento del fiscal o a petición de parte en cualquier estado del proceso cuando (...) 5) La acción penal se extinguió; (...) 7) Ha vencido el plazo máximo de duración de la etapa preparatoria o de la duración máxima del proceso.

Ello lleva a colegir que la norma de forma de Tucumán sería pasible de las mismas objeciones que formulara la Corte Suprema en el fallo objeto del presente análisis. De todos modos, este artículo contiene matices que lo distinguen en algún punto del de Chubut. Esto es así ya que diferencia de un lado la “extinción de la acción penal” (inc. 5) y del otro el vencimiento de los plazos previstos de la investigación (inc. 7), por lo que resulta claro que no hay semejanza posible entre ambos institutos. (Apás Pérez de Nucci y Suárez, 2022).

Ahora bien, en lo que hace a otros códigos de forma se observa que Córdoba (ley 8123); Corrientes (ley 6518) y Chaco (Ley Nro. 965-N Antes Ley 4538), por ejemplo, no prevén ni la extinción ni la caducidad de la acción penal por violación a los plazos de investigación. En cambio La Pampa (ley 4192) dispone en el artículo 149 que el vencimiento de los plazos no aparejará una sanción automática. Sin perjuicio de ello, al operarse el vencimiento de la investigación fiscal preparatoria o el plazo máximo de duración de la fase ordinaria, las partes podrán solicitar, por vía incidental, el sobreseimiento por insubsistencia de la acción penal. La norma de forma de Neuquén (ley 2784) indica en el artículo 87 que todo procedimiento tendrá una duración máxima de tres años improrrogables, transcurrido el cual se producirá la extinción de la acción penal y deberá dictarse el sobreseimiento del imputado. Río Negro (ley 5569) en el artículo 155 prescribe que el sobreseimiento procederá si la acción penal se extinguió o venció el plazo del artículo 77 “in fine” que indica que la duración máxima del procedimiento será de tres años.

Si bien la cuestión de la duración de los procesos no fue igualmente tratada en todo el país, hay un hecho innegable: muchas de las normas adjetivas -sobre todo las más modernas-

fijan plazos para la tramitación de las causas penales, lo que pone en blanco y negro que las legislaturas provinciales iniciaron un camino sin retorno en cuanto a la necesidad de acotar la incertidumbre a la que están sometidos los imputados en las causas penales, sobre el tiempo que insumirá su desarrollo.

VI. Conclusiones

El plazo razonable es un eje central del debido proceso que tiene su basamento tanto en la C.N., como en los Tratados de DDHH que la integran. A fin que dicha garantía sea verdaderamente operativa, resulta menester fijar de antemano las consecuencias procesales que acarrea su desatención, para lo cual es ajustado a derecho fijar un plazo de caducidad, transcurrido el cual el órgano acusador pierda su facultad de perseguir y juzgar, como consecuencia de su violación.

El artículo 282 CPPChu plasma la forma en que el legislador provincial reconoció el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable, el que tiene su sustento en el artículo 75 inc. 22 C.N. y en el artículo 44, 4to. párrafo de la Constitución de la Provincia de Chubut,⁴⁹ sin que en modo alguno hubiera violentado las atribuciones del gobierno federal prescriptas en el artículo 75 inciso 12 C.N.

En ese marco, la Corte debió ponderar que:

- La propia C.N. prescribe que en el caso de competencias delegadas al Congreso de la Nación que no fueran ejercidas, los estados locales conservarán la

⁴⁹ Artículo 44 Constitución de Chubut: "...Todo proceso debe concluir en un término razonable...". Recuperado de: <https://digesto.legislaturadelchubut.gob.ar/lxl/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Provincia%20del%20Chubut.pdf>

potestad de regularlas de acuerdo con lo previsto en el artículo 126 C.N.

- El C.P.A. no trata el modo en que se debe garantizar el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, ni mucho menos reglamenta -por no ser materia que le es propia- las obligaciones del M.P.F. en cuanto a su deber funcional de impulsar la investigación y juzgamiento de las causas.

- Todo lo referido a la acción penal es de carácter procesal. Pero si no se aceptara esta posición no hay duda alguna que las provincias se reservaron la potestad de regular el modo de organizar la tramitación de los procesos a través de los cuales se instrumentará la misma, o sus sanciones en caso de omisión

- La regulación de la acción en el C.P.A. es un “piso” que otorga uniformidad a los derechos de los justiciables, de tal modo de no vulnerar la garantía de igualdad ante la ley, pero en modo alguno inhabilita que las provincias dicten una reglamentación que confiera mayores derechos a los imputados.

Conforme lo señalado precedentemente, la ley procesal de Chubut asumió como parte de su competencia fijar una sanción por falta de impulso acusador en determinado lapso, y la Corte Suprema Nacional debió armonizar su regulación al realizar una interpretación que la aviniera con el resto del ordenamiento, tanto local⁵⁰ como federal⁵¹, no dándole primacía a este último y, más aún, sin demostrar la supuesta falta de adecuación de la norma procesal cuestionada a nuestra Carta Magna.

⁵⁰ Artículos 43, 44 y cc. de la Constitución de Chubut

⁵¹ Artículos 5, 75 inc. 12 y 126 C.N.

En este orden de ideas, la caducidad de la facultad persecutoria del órgano acusador por violación del plazo razonable que se materializa a través de una sentencia de sobreseimiento del imputado, no extingue per se y como un efecto propio y directo la acción penal, razón por la cual -y al esquivar la discusión sobre quien está habilitado para regular lo atinente misma este tema, su naturaleza jurídica o si la prescripción es el mecanismo idóneo para asegurar la vigencia de la garantía de un juzgamiento expeditivo- nuestro Máximo Tribunal desaprovechó sin fundamentos sólidos una inigualable posibilidad de validar lo dispuesto por la norma procesal de la provincia de Chubut.

Sería esperable que la Corte Nacional revisara a la luz de los cambios operados en nuestro sistema penal su doctrina tradicional en relación con las facultades provinciales para regular la garantía del plazo razonable, al plantear una discusión que perfile en la tercera década del siglo XXI cómo se deben delimitar las competencias entre la Nación y las provincias en lo atinente a normativizar con plazos y concretas sanciones la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, al definir qué es derecho sustancial y qué es derecho de forma.

Finalmente, si bien las provincias no delegaron la facultad de regular la caducidad de la acción penal por violación del plazo razonable, al ser una norma eminentemente procesal, sería útil de lege ferenda que se modifique el C.P.A., tal como lo hizo por ejemplo la ley 27.147 en el artículo 71 (Losi, 2021), y se agregue de forma explícita la facultad de las provincias de regular este instituto: no en el artículo 59, puesto que la caducidad no produce como un efecto directo y propio la extinción de la acción penal.

Bibliografía

- Alberdi, J.B. (2017) *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*". Editorial Biblioteca del Congreso de la Nación
- Apás Pérez de Nucci, I. M. y Suárez, M. J. (2022) *Necesaria delimitación de conceptos y perfecta compatibilidad constitucional en el fallo "Price". Sus efectos en la provincia de Tucumán*. Publicado en: JANO A 2022 (enero), 1. JA 2022-I, 411. Cita: TR LALEY AR/DOC/3177/2021.
- Aristimuño, J. (2022) *Fallo 'Price' de la C.S.J.N.: Desencuentros entre la prescripción y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable*". Editorial Rubinzal Culzoni. Cita: RC D 83/2022
- Bidart Campos, G. (1968) *Derecho constitucional*. Tomo I. Editorial Ediar
- Bidart Campos, G. (2004) *La duración razonable del proceso*. Publicado en: RCyS 2004, 1397, Cita: TR LALEY AR/DOC/1001/2004
- Binder, A. (1999) *Introducción del derecho procesal penal*. 2da edición actualizada y ampliada. Editorial Ad Hoc
- Cabral Texo, J. (1920) *Historia del código Civil Argentino*. Editorial Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez
- Cardella, M. (2021) *Tres cuestiones sobre el fallo Price. La deliberación de la C.S.J.N. La acción penal como competencia provincial. La no aplicación del fallo en Río Negro. En Una mirada patagónica sobre el plazo razonable. A propósito del fallo "Price" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*". Editores del Sur

- Creus, C. (1993) *El principio de celeridad como garantías del debido proceso en el sistema jurídico-penal argentino*. Publicado en: LA LEY 1993-B, 894. Cita: TR LALEY AR/DOC/7379/2001
- Crosetti, F. E. (2021) *Análisis constitucional de las normas procesales del Nuevo código Civil y Comercial de la Nación*. Revista de Derecho Constitucional. Número 17
- De la Fuente, J. E. (s/f) *Una nueva confusión entre prescripción y plazo razonable en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Editorial Rubinzal Culzoni
- Ekmekdjian, M. A. (1997) *Tratado de Derecho constitucional*. Tomo IV. Editorial Depalma
- Farrell, M. D. (2003) *La argumentación de las decisiones en los tribunales colectivos*. Publicado en: LA LEY 2003-F, 1161. Cita: TR LALEY AR/DOC/10953/2003.
- Ferreira, R. G. (2012) *1852. Orígenes. Sobre las Bases de Juan Bautista Alberdi y la Constitución Federal en el tiempo*. Academia. Revista sobre en enseñanza del derecho, año 10, nro. 19
- Fontán Balestra, C. (1990) *Tratado de derecho penal Tomo III* Editorial Abeledo Perrot
- Gelli, M. A. (2004) *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada 2da. Edición*. Editorial La Ley
- Gelli, M. A. (2008) *Constitución de la Nación Argentina*, Tomo II, 4ta. Edición, Editorial La Ley
- Gelli, M. A. (2004) *El alcance de la irretroactividad penal y las fuentes del ordenamiento jurídico en el caso "Arancibia Clavel"*. Publicado en: LA LEY 2004-F, 906. Cita: TR LALEY AR/DOC/2540/2004

- Grisetti, R. A. (2009) *Suspensión de la prescripción. Un pronunciamiento "hermético". Lo que se dice y lo que no se dice*. Publicado en: DJ 02/12/2009, 3409 Cita: TR LALEY AR/DOC/3274/2009
- Heredia, J. R. (2000) *Vélez, el codificador, su obra y la Constitución Nacional*. Recuperado de: <https://www.acaderc.org.ar/2000/12/12/velez-el-codificador-su-obra-y-la-constitucion-nacional/>
- Heredia, J. R. (2015) *El nuevo código Procesal Penal de "La Nación" Convalidación de las reformas locales*. elDial.com - DC1F5C
- Heredia, J. R. (2020) *La atribución/delegación del artículo 75 (12), C.N. Legislación local y prescripción. Doctrina de la Corte Federal*. Recuperado de: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/10/LA-ATRIBUCI%C3%93N-DE-CODIGOS.pdf>
- Heredia, J. R. (2021) *El plazo razonable en el proceso penal a propósito de un fallo de la Corte que declara inconstitucional el ejercicio de una potestad legislativa provincial*. Recuperado de: https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/A-PROPOSITO_VFINAL.pdf
- Ledesma, A. E. y Ahumada, C. (2021) *"El fallo "Price": un alto precio para los procesos de reforma"*. Publicado en: LA LEY 15/11/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/3210/2021
- Lorenzo, L. y Balderrama J. P. (2021) *La resolución del caso 'Price. Una serie de dudas razonables. En Una mirada patagónica sobre el plazo razonable. A propósito del*

fallo "Price" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación". Editores del Sur

- Losi, F. (2021). *Después del precedente "Price" ¿Podrá subsistir la insubsistencia de la acción penal regada por el art 153 del código Procesal Penal de La Pampa? En Una mirada patagónica sobre el plazo razonable. A propósito del fallo "Price" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Editores del Sur
- Maier, J. B. J. (2004) *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Editorial del Puerto
- Maier, J. B.J. (2011) *Derecho Procesal Penal*, Tomo III, Parte general - Actos procesales, Editores del Puerto
- Núñez, R. (1982) *La acción civil en el proceso penal*, 2da edición actualizada. Editorial Marcos Lerner
- Palazzo, E. L. (s/f) *¿Qué es y quién regula el plazo razonable de los procesos? El caso Price*. Recuperado de: <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14998>
- Pandolfi, O. R. (2007) *¿Tienen las provincias facultades constitucionales para legislar en materia de criterios de oportunidad y probation? la esencial inconstitucionalidad del artículo 71 CPEN (A propósito de un artículo del Dr. José D. Cesano)* Publicado en: RDP 2007-6, 1045 Cita: TR LALEY AR/DOC/9024/2012.
- Pastor, D. (2004) *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*. Revista de Estudios de la Justicia, N° 4. Recuperado de: http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/Articulo%20sobre%20plazo%20razonable%20Pastor_10_.pdf

- Sagués, N. P. (1997) *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 2, 2da. edición actualizada y ampliada. Editorial Astrea
- Sander, S. (2001) *El proceso del constitucionalismo argentino*. En *Curso de derecho constitucional*” Carnota, W. (Dir.). Editorial La Ley
- Sarmiento, D. F. (1900) *Obras de Domingo Faustino Sarmiento*, Tomo XLVIII, Imprenta y Litografía Mariano Moreno. Recuperado de: <https://archive.org/details/obrassarm48sarm/page/66/mod e/2up?view=theater>
- Soler, S. (1970) *Derecho Penal Argentino*. Tomo II Editorial Tea
- Zimmermann, E. (2017) *Constitucionalismo argentino, siglos XIX y XX: poderes y derechos*. En ANDREWS, C. (Coordinadora) *Un siglo de constitucionalismo en América Latina (1917-2017)*. México D.F.: CIDE/Secretaría de Relaciones Exteriores/Archivo General de la Nación, 2017). Recuperado de: https://www.academia.edu/36044986/Constitucionalismo_argentino_siglos_XIX_y_XX_poderes_y_derechos
- Zvilling, F. J. (s/f) *Acción penal y principio de oportunidad. A propósito del fallo "fiscal v. Sosa Morán, Juan R. y otros" de la Sup. Corte Just. Mendoza. Usurpación del Congreso de la nación de un poder no delegado por las provincias*. Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*. Cita: TR LALEY 0003/012962

Legislación

Artículo 44 Constitución de Chubut: “...Todo proceso debe concluir en un término razonable...”. Recuperado de:

<https://digesto.legislaturadelchubut.gob.ar/lxl/Constitucion%20de%20la%20Provincia%20del%20Chubut.pdf>

Constitución de la República Argentina de 1826. ART. 49.

Recuperado de:

<https://www.educ.ar/recursos/128555/constitucion-de-la-republica-argentina-de-1826/download/inline>

Constitución de las Provincias Unidas en Sud América de 1819.

ATRIBUCIONES DEL CONGRESO: ART 37.

Recuperado de:

https://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_argen_indep/constituciones/constitucion_prov_unidas_1819.pdf

**EL ENFOQUE DE GÉNERO COMO PRINCIPIO DEL
DEBIDO PROCESO. SENTENCIA SU-349 DE 2022 DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**

**THE GENDER APPROACH AS A PRINCIPLE OF
DUE PROCESS. SENTENCE SU-349 OF 2022 OF THE
CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA**

John Fernando Restrepo¹
Universidad de Medellín

Carolina Gómez²
Universidad de Medellín

Paula Andrea Correa³
Corporación Universitaria Remington

Recibido: 30/06/2023 - Aceptado: 20/07/2023

Resumen: El propósito de este texto es analizar la relevancia constitucional de la Sentencia SU-349 de 2022, en la que se fija la posición de la Corte Constitucional de Colombia sobre el enfoque de género y el defecto de decisión sin motivación que la ausencia de éste podría implicar en las decisiones judiciales; además, establece el carácter de sanción que tienen los alimentos en un proceso de divorcio por la causal tercera del artículo 154 del Código Civil. Asimismo, desarrolla un análisis jurisprudencial y comparativo con el derecho internacional respecto a la violencia contra las mujeres, enunciando y contextualizando en esta sentencia los tipos de violencia a las cuales son sometidas, destacando entre ellas la violencia intrafamiliar y la institucional; conforme a ello exhorta al Congreso para que regule el derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia familiar.

Palabras clave: Sentencia contra providencia judicial, Defecto fáctico, Defecto de decisión sin motivación, Violencia institucional, Violencia intrafamiliar.

¹ jfrestrepo@udemedellin.edu.co

² cgomez249@gmail.com

³ paula.correa1@unireminton.edu

Abstract: The intention of this article is to analyze the relevance of the Judgment (SU-349/22) from the Constitutional Court of Colombia, which restates the institution approach regarding gender perspective and the contested decisions that might lead to failures to state a claim, in addition, reiterates the sanctioning position that maintenance has in a divorce process in accordance with the third cause of the article 154 of the Civil code. Furthermore, this text displays a jurisprudential and comparative analysis with international law regarding the violence against women, enunciating and contextualizing the types of violence to which they are subjected, highlighting among them domestic and institutional violence; in this regard, Congress is urged to regulate the fundamental right to secure integral reparations in cases of domestic violence.

Key words: Guardianship action against judicial sentence, Factual defects, Contested decisions without reasons, Institutional violence, Domestic violence.

I. Introducción.

La Corte Constitucional en diferentes providencias ha reiterado el deber que tiene el Estado de asegurar todos los medios de protección y cuidado de la mujer (Corte Constitucional, Sentencia T-344, 2020; Sentencia T-878, 2014). Deber observable no solo con el orden normativo interno sino extensivo conforme al bloque de constitucionalidad, de tal forma que resulte posible prevenir, sancionar y erradicar toda expresión de discriminación o violencia en contra de la mujer (Corte Constitucional, Sentencia T-772, 2015). Toda esta normativa, nacional e internacional, crea una esfera de protección para las mujeres, en especial las mujeres víctimas de violencia en sus múltiples manifestaciones. Exigiéndole al Estado colombiano el deber de proteger los derechos de las mujeres, de crear espacios institucionales seguros donde resulten escuchadas y reparadas en la plenitud de todas las formas posibles de protección de sus derechos.

La Corte Constitucional en funcionamiento de sus deberes como guardián de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992) y protectora de los derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-165, 1995) y en concordancia con las normas del Bloque de Constitucionalidad (Corte Constitucional, Sentencia T-582, 1999), ha proferido una línea jurisprudencial cuya finalidad es la

protección de la mujer víctima de violencia, implementando como mecanismos de protección, el deber que tiene el juez de aplicar el *enfoque de género* como principio del debido proceso en casos que impliquen violencia contra la mujer, (Corte Constitucional, Sentencia T-241, 2016), exhortando al Congreso a regular el derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia familiar, imponiendo el mandato de escuchar a las mujeres que han sido víctimas en el ámbito civil (Corte Constitucional, Sentencia T-016, 2022)⁴, recordando el rol de los funcionarios del Estado en la erradicación de la violencia contra la mujer (Corte Constitucional, Sentencia T-462, 2018)⁵.

La Corte Constitucional exige al sistema judicial colombiano regir como espacio seguro para las mujeres que históricamente han sido vulneradas en razón del uso de un sistema normativo que las invisibiliza y excluye (Corte Constitucional, Sentencia T-338, 2018). La Constitución de 1991 significó un avance exponencial en relación con el reconocimiento y los derechos de las mujeres (Corte Constitucional, Sentencia T-027, 2017). Así, el constituyente dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer sus derechos básicos, protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. (Corte Constitucional, Sentencia C-667, 2006). En esta dirección, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-080 de 2020, adopta el principio *Pro femina*, el cual impone la necesidad del enfoque de género como principio del debido proceso en el marco de todas las actuaciones jurisdiccionales donde una de las partes sea una mujer, y explica que, en caso de que este enfoque de género falte, la providencia incurriría en un defecto específico de “falta de motivación” dejando sin efectos la providencia en cuestión (Moreno & Restrepo, 2020). En razón de este principio constitucional se exige que, en el interior de toda actuación judicial o administrativa, siempre se asegure proveer a la mujer [extremo más vulnerable] de condiciones fácticas y jurídicas que facilite la protección y realización de sus derechos en términos de equidad y justicia material (Corte Constitucional, Sentencia T-225, 2022).

⁴ Escuchar a las mujeres que han sido víctimas de violencia, expresar su opinión, participar en todo momento y ser tratadas con respeto, no sólo cobija el escenario penal, sino en este caso el civil, dentro del marco procesal establecido para el efecto

⁵ Los funcionarios del Estado deben ser conscientes del rol que desempeñan en la erradicación de la violencia contra la mujer y, por ello, como mínimo deben garantizar el acceso a una justicia con perspectiva de género.

Asimismo, en la Sentencia comentada, la Corte Constitucional se pronuncia y reitera su posición sobre el carácter de sanción que tienen los alimentos en caso de que el cónyuge sea declarado culpable por violencia, esto debido al déficit de protección de los derechos de la mujer que ha sido víctima de la violencia; obligándosele así a otorgar a los alimentos en el marco de un carácter resarcitorio (Corte Constitucional, Sentencia SU-080, 2020). Este fallo es de suma relevancia porque desarrolla dos sentidos de derecho en favor de la mujer. (i) Concibe la noción resarcitoria de alimentos en favor del cónyuge víctima no solo en sentido de indemnización económica, en la dirección propia que rige las reglas de juego del derecho comercial, sino como un símbolo material de reparación en favor del extremo vulnerable de la relación conyugal; (ii) cuando dicho extremo es una mujer, el deber institucional y normativo que rige en el interior del Estado social y constitucional de derecho, exige de todos los operadores jurídicos en general, y del quehacer judicial en particular, dirigir el uso material del derecho en dirección de promover la mayor esfera de protección y cuidado en favor de la mujer; la cual tanto por razones coyunturales como estructurales, ha sido expuesta a condiciones de exclusión y restricción arbitraria de una esfera básica de sus derechos. Los *alimentos sanción* son una forma de reparar la violencia doméstica de la cual fue víctima la mujer. En consecuencia, su revisión debe obedecer a criterios de:

(i) capacidad económica exclusivamente bajo circunstancias extremas del alimentante, es decir que se debe demostrar que la persona se encuentre en imposibilidad de cumplir y, (ii) el de proporcionalidad, para proteger en mejor medida los derechos de la mujer. La fijación de alimentos como sanción, es para la Corte Constitucional, un mecanismo que garantiza los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género. (Corte Constitucional, Sentencia SU-349, 2022)

A través de la Sentencia SU-349 de 2022, se reitera la importancia del enfoque de género como principio del debido proceso y la obligación que tienen todos los jueces de aplicar dicho principio en las actuaciones relacionadas con violencia basada en género, y el carácter de sanción de los alimentos cuando el cónyuge es encontrado culpable por razones de violencia. Además, reitera los *requisitos*⁶ para que la tutela

⁶ La Corte Constitucional clasifica los requisitos de excepcional procedencia de tutela contra providencia judicial en dos grupos. Exige como condiciones genéricas: (i) que haya un tema de relevancia constitucional; (ii) que se hayan agotado todos los recursos de actuación judicial; (iii) que se satisfaga el requisito de inmediatez; (iv) que se evidencia una irregularidad procesal y,

contra providencia judicial sea excepcionalmente procedente y hace una conceptualización con normas nacionales e internacionales de los diferentes tipos de violencia a los cuales están sometidas las mujeres (Kislinger, 2015). La Corte Constitucional rechaza toda expresión de violencia estructural y simbólica que se ejerza en contra de la mujer. Y para ello, ha desplegado todo un desarrollo jurisprudencial a través del cual asienta unas bases de protección en favor de la mujer como madre (Corte Constitucional, Sentencia T-003, 2018) y como sujeto de especial protección constitucional (Corte Constitucional, Sentencia SU-667, 2006).

II. Sentencia SU-349 de 2022.

La Sentencia trata sobre una acción de tutela que interpone la señora Ana en contra del Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Armenia debido a la decisión de disminuirla -en virtud de fallo *extra petita*- la cuota alimentaria que recibía en calidad de cónyuge inocente en virtud del proceso de exoneración de cuota alimentaria, adelantado por su expareja, el señor Pedro.

Como hechos relevantes al caso se debe señalar que el señor Pedro fue encontrado cónyuge culpable por la causal tercera del artículo 154 del Código Civil, debido al ataque que le ocasionó a la señora Ana en el año 2007. Además de amenazarla de muerte, con un machete le cortó “los dedos meñiques y anular”. Debido a este ataque el señor Pedro es condenado a 48 meses de prisión y a una multa de 34,66 SMLMV en el 2009 por lesiones personales dolosas al propiciar deformidad física de carácter permanente⁷ y trastorno adaptativo con síntomas de depresión y

(v) que se identifiquen los hechos que dieron lugar a la vulneración de los derechos fundamentales. Estas 5 condiciones deben satisfacerse a plenitud. Por el contrario, de la siguiente lista de condiciones específicas de excepcional procedencia de la tutela contra providencia judicial debe asegurarse al menos la ocurrencia de una sola de ellas., Estas condiciones son: (i) ocurrencia de un defecto orgánico; (ii) ocurrencia de un defecto procedimental absoluto; (iii) ocurrencia de un defecto fáctico; (iv) ocurrencia de un defecto material; (v) ocurrencia de un error inducido; (vi) decisión sin suficiente motivación; (vii) desconocimiento del precedente y, (viii) violación directa de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia SU-057, 2018).

⁷ Secuelas fijadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y al respecto la sentencia condenatoria indicó que la víctima resultó herida en una de sus manos y que las: “lesiones le produjeron, de acuerdo con la prueba pericial, una incapacidad médico legal definitiva de 36 días y secuelas consistentes en deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente y perturbación funcional del órgano de carácter permanente”.

ansiedad⁸, dejándola sin la posibilidad de ejercer su oficio de peluquera.

En el año 2010 el señor Pedro es condenado por primera vez como cónyuge culpable y responsable del divorcio por las causales 2° y 3° del artículo 154 del Código civil⁹. La Sentencia ordenaba lo siguiente:

Fijar pensión alimentaria a cargo del Reconvenido en un equivalente al 20% de la pensión (de todo lo que recibe como pensión) en favor de la señora Ana, suma de dinero que deberá consignar el señor Pedro en la cuenta de depósitos judiciales, dentro de los primeros cinco días de cada mes (Corte Constitucional, Sentencia SU-349, 2022).

El 4 de agosto de 2012 la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Armenia, conoció de la apelación contra la anterior providencia, donde Pedro argumentaba que Ana no necesitaba de los alimentos decretados en la sentencia por no encontrarse en estado de necesidad, en razón de que sus hijas la auxiliaban económicamente y los bienes que recibió producto de la sociedad conyugal, no permiten concluir que requiera los alimentos. Con fundamento en estos argumentos, el Tribunal expuso que el artículo 411 numeral 4 del Código Civil, impone la obligación de pagar alimentos al cónyuge culpable en favor del inocente, en virtud de su carácter sancionatorio. Esta posición es esencial de entender porque el concepto de pago no se concibe como una indemnización en sentido mercantil sino como expresión de reparación material y simbólica que se despliega en favor de uno los miembros de la comunidad conyugal. Esta posición tuvo ocurrencia en la Sentencia SU-080 de 2020 en la que la Corte Constitucional reconoció que el cónyuge víctima aun gozando de mejores condiciones económicas y prestacionales que su cónyuge culpable debía aplicar las condiciones de exigencia de pago porque la sanción no atiende exclusivamente a la supervivencia sino a la esfera de reparación y dignidad en favor del cónyuge víctima (Moreno & Restrepo, 2020).

⁸ Al expediente se aporta un análisis de la Sección de Psiquiatría Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se concluye que, a partir de la anterior agresión, la accionante cuenta con “alteraciones cognitivas, afectivas y comportamentales, de importancia clínica, las cuales determinaron un trastorno adaptativo, con síntomas de depresión y ansioso”. Folios 70 a 73 del expediente principal.

⁹ Tales causales se refieren a “(2). El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres” y, “(3). Los ultrajes, el trato cruel y maltrato”.

En el año 2019, Pedro inicia proceso de exoneración de cuota alimentaria en contra de Ana, por considerar que, como la accionante había viajado al exterior, resultaba razonable suponer una condición económica libre de penurias económicas que justificaran el deber de conservar la cuota alimentaria. Además, explicó que el demandante ha cumplido por diez años con la obligación alimentaria de manera constante y ajustadas a las condiciones que le impuso el orden normativo; sin embargo, enuncia cuatro tipos de argumentos sobre los que se funda su pretensión de suspender sus obligaciones pecuniarias en favor de Ana. (i) Ana dispone por diferentes fuentes de ingreso económico que la hacen propietaria de una serie de bienes que garantizan a plenitud su bienestar material; (ii) la incapacidad de Ana no es absoluta; de tal manera que puede seguir valiéndose de sus habilidades laborales, incluso en calidad de estilista, para asegurar un bienestar material y económico; (iii) Pedro, en atención a la formación de una nueva relación sentimental, ha asumido nuevos compromisos prestacionales que hacen más complejo sostener la cuota alimentaria en favor de Ana y, (iv) en razón de la edad de Pedro, ha sido necesario asumir de sus propios recursos, el acceso a medicamentos y servicios médicos que no están cubiertos por el sistema general de salud.

En mayo del mismo año la señora Ana da respuesta a la demanda y, en consecuencia, adujo que los alimentos fueron declarados como consecuencia de ser cónyuge culpable, en un proceso de cesación de efectos civiles, los cuales tienen un carácter vitalicio. Añade que debe tenerse en consideración que las secuelas psicológicas en contra de ella persisten y que, en realidad, las circunstancias no han cambiado pues el único oficio que ejercía ocasionalmente era de peluquera y fruto de su accidente ya no puede volver a ejercerlo. Sobre lo demás mencionado, adujo lo siguiente:

Nada tiene que ver una liquidación de la sociedad conyugal con una pensión alimentaria, queriendo esto decir que la pensión sanción es independiente de los bienes que fueron objeto de liquidación, es de manifestar y ratificar al despacho que la pensión alimentaria es una situación que se deriva del incumplimiento de uno de los cónyuges al contrato matrimonial, en este caso en el divorcio se estableció el incumplimiento a los deberes del demandante como cónyuge y las consecuencias de este incumplimiento es la asignación de una pensión de carácter vitalicio” (Corte Constitucional, Sentencia SU-349, 2022).

El 29 de julio de 2021 el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Armenia accedió, de manera parcial a las pretensiones de la demanda reduciendo un 10% la cuota alimentaria en favor de Ana. Decisión que desconoce el pronunciamiento del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el que declara que las secuelas de deformidad física representan una perturbación funcional de carácter permanente y que la Junta Regional de Calificación de invalidez del Quindío profirió un dictamen en donde, además de las afectaciones psicológicas sufridas, tuvo en consideración que la accionante: (i) se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud; (ii) cuenta con 65 años; así como también (iii) sufre de trastorno depresivo recurrente. Por lo cual, fue valorada con un 22% de pérdida de capacidad laboral. En el proceso solo tuvieron recibo las pruebas testimoniales en favor de Pedro y desestimó por inexactas e incompletas las declaraciones de los testigos de Ana.

Siguiendo con lo anterior, el juez indica que no tuvo en cuenta los argumentos expuestos en la Sentencia que declaró la cesación de los efectos civiles del matrimonio “pues son dos cuotas completamente diferentes, pues en la Sentencia en donde se fijó la cuota de alimentos se hizo por haber sido el señor Pedro, cónyuge culpable. En este proceso son otros los hechos y otras las condiciones.” (Corte Constitucional, Sentencia SU-349, 2022)

Contra esta respuesta la señora Ana interpone una acción de tutela, donde manifiesta que la providencia controvertida incurrió en defecto específico de falta de motivación, lo que vulneraría el debido proceso de la accionante y constituía “una burla para la ley vigente y para los tratados internacionales firmados por Colombia” y solicita que se declare la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, y por tanto, se revoque la Sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Armenia.

En 2021, la Sala Unitaria Civil, Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quindío admitió la acción de tutela de la referencia y, además de vincular a la accionada, ordenó poner en conocimiento el asunto del señor Pedro. El oficio que responde a la reclamación en donde se dio respuesta a lo requerido en el auto de pruebas, el titular de despacho considera que no se ha vulnerado ningún derecho y que:

Ana no hace nada, es decir, no labora, no por discapacidad alguna, porque tal como lo dijo la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Quindío, el día 21 de abril de 2021, a la señora Ana, tiene un rol ocupacional con dificultad leve no dependencia-con habilidades motoras de procesamiento y comunicación, que cuenta con la capacidad de iniciar, desarrollar y finalizar actividades de uso de tiempo libre esparcimiento y otras áreas ocupacionales tales como: alimentación, higiene y vestido, no requiere de ayudas para sus actividades diarias, no tiene dependencia. Se indica que tiene limitación en arcos de movilidad de las tres articulaciones del iv dedo mano izquierda, con una deficiencia total de 12.00, igualmente, se demostró que es dama gris del voluntariado de Montenegro y se demostró que el señor Pedro sí debe de laborar en la finca, porque no tiene ni con qué pagar trabajadores, que además es una persona de avanzada edad con enfermedad de la próstata e hipertensión. (Corte Constitucional, Sentencia SU-349, 2022)

También menciona que efectuó fallo *extra petita* porque lo consideró necesario para brindarle la protección adecuada a las partes en litigio, teniendo como fundamento la edad de los dos, las enfermedades del señor Pedro y que las condiciones económicas de los referidos han variado. En la intervención del señor Pedro, manifiesta que no se cumplió con la argumentación necesaria para fundamentar una acción de tutela contra providencia judicial y que el juzgado no incurrió en ningún defecto.

La Sala de Decisión Civil, Familia y Laboral de Armenia (Quindío) negó el amparo solicitado por Ana en contra del Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Armenia argumentando que “no obstante que es procedente la acción de tutela contra providencias judiciales, ello no puede desconocer los principios de autonomía e independencia de los jueces pues, dentro del ámbito de su competencia, gozan de libertad para interpretar las disposiciones legales aplicables y para realizar determinada valoración probatoria”

El 3 de noviembre la señora Ana impugna la anterior providencia, al indicar que, contrario a lo que ésta afirma, sí se configuró una ostensible violación al debido proceso puesto que se desconocieron las sentencias que declararon que el señor Pedro fue declarado cónyuge culpable, lo cual se sustentó, además, en que lo fue porque la atacó con un machete y le generó secuelas psíquicas y físicas permanentes, como así aparece demostrado en el dictamen de Medicina Legal y en el proferido por la Junta de Invalidez de Armenia, cuestionando así

la providencia atacada porque su condición de víctima de violencia intrafamiliar no ha cambiado. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado, argumentando que modificar el monto de los alimentos no implica un desconocimiento de la sanción de alimentos impuesta al cónyuge culpable.

La Corte Constitucional, en sede de revisión, después de solicitar que se complementara la información, de hacer el estudio de procedibilidad, estableció que los problemas jurídicos que deben resolverse son: (i) si el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Armenia incurrió en un defecto por violación directa de la Constitución, al no tener en cuenta los hechos de violencia por razón del género de los que fue víctima la accionante y fallar sin aplicar una perspectiva de género y, (ii) determinar si el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Armenia, con ocasión de la Sentencia proferida en audiencia del 29 de julio de 2021, en la que decidió disminuir la cuota que debía pagar el señor Pedro a Ana, por haber sido declarado cónyuge culpable en el proceso de divorcio (artículo 411.4 del Código Civil), careció de motivación (defecto por decisión sin motivación) e incurrió en un defecto fáctico por indebida valoración probatoria. Para resolver estas cuestiones, la Corte aludirá a la violencia contra la mujer a la luz de la *Convención Belem Do Pará* y los instrumentos internacionales de protección en materia de violencia contra la mujer.

III. La violencia contra la mujer a la luz de la convención Belém do Pará, y los instrumentos internacionales de protección en materia de violencia contra la mujer.

Los argumentos de la Corte Constitucional para declarar la importancia de la protección de la mujer en espacios de violencia y de exhortar al Congreso para que regule el *derecho fundamental*¹⁰ a acceder a una reparación integral en los casos de violencia familiar, descansan en los instrumentos

¹⁰ Hemos sostenido que la construcción y origen de los derechos fundamentales en el orden jurídico colombiano están sujetos a la realización de cuatro condiciones: (i) que haya una consagración explícita por la autoridad competente del derecho como derecho fundamental; (ii) que dicha declaración normativa se haga en favor de un sujeto; (iii) que dicho sujeto quede habilitado legítimamente para reclamar del Estado o terceros determinados atributos materiales expresados en dar, hacer o no hacer algo y, (iv) que mediante tales atributos materiales se asegure la esfera básica de realización de un principio de dignidad, de supervivencia o de autodeterminación (Restrepo, 2020, 69).

internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que impone a los Estados el deber de adoptar las medidas necesarias para erradicarla.¹¹

Menciona la Corte Constitucional que la violencia por razón de género en contra de la mujer se da para mantener el orden social establecido históricamente y según el cual existe cierta superioridad del hombre hacia la mujer y donde cualquier agravio del género masculino al femenino está justificado en la conducta de este último. (Corte Constitucional, Sentencia T-265, 2016) La convención De Belem Do Pará manifiesta que este tipo de violencia constituye una violación a los derechos humanos y limita las libertades fundamentales de la mujer, constituye ofensa a la dignidad humana y perpetúa las relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres.

Esta convención en su primer artículo menciona que es violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en género que cause muerte, daño, sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado y le otorga a los Estados parte, en su artículo 7, la obligación de adoptar políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo, entre ellas, las siguientes actuaciones:

- (i) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.
- (ii) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.
- (iii) Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.
- (iv) Fijar mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia

¹¹ El reconocimiento internacional a la discriminación histórica que ha enfrentado la mujer en diferentes ámbitos se concretó en la adopción, entre otros instrumentos internacionales, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belem Do Pará (1994). Ambas convenciones reconocen la obligación del estado de erradicar la discriminación contra la mujer, y han sido reconocidas como bloque de constitucionalidad en sentido estricto, como consta entre otras en las Sentencias SU-201 de 2021, SU-080 de 2020.

tenga acceso efectivo a reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

En Colombia, con el objeto de dar cumplimiento a exigencias del orden internacional convencional se expidió la Ley 1257 de 2008, que adopta normas para garantizar a todas las mujeres una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado y consagró como principios (i) todos los derechos de las mujeres son Derechos Humanos; (ii) de corresponsabilidad de la sociedad y la familia en el respeto por aquéllos, y en el deber de contribuir a la eliminación de la violencia, aunado a la responsabilidad del Estado en la prevención, investigación y sanción de toda forma de violencia en su contra y, (iii) el de no discriminación, que reconoce a todas las mujeres, con independencia de sus circunstancias personales, sociales o económicas, la posibilidad de gozar de sus derechos garantizados a través de unos estándares mínimos en todo el territorio.

Conforme a lo anterior, la Corte Constitucional ha encontrado la obligación de todas las autoridades de proteger a las mujeres víctimas de violencia y ha nombrado como “violencia institucional” a la inobservancia del deber impuesto a las autoridades de proteger a las víctimas y de actuar sin la debida diligencia en la erradicación de la violencia contra la mujer.

La Corte Constitucional ha tomado un papel de vital importancia en el desarrollo del tema, pues además de definir las diferentes violencias a las que está sometida una mujer, desarrollar las convenciones pertenecientes al tema e imponer obligaciones a las autoridades, también realiza un recuento a las soluciones para la reparación integral de las víctimas. En Sentencia SU-080 de 2020, la Corte Constitucional concluye que además de la obligación de establecer herramientas necesarias para erradicar la violencia contra las mujeres, se debe garantizar un acceso efectivo a la reparación del daño, así lo advirtió:

La doctrina ha avalado la reparación pecuniaria, pero también ha planteado diversas formas novedosas de reparación, unidas a estas, como la reparación simbólica, las disculpas públicas, las medidas de satisfacción, de rehabilitación y de garantía de no repetición; las cuales deben analizarse a partir del tipo de daño padecido. A más de ello, dicha reparación debe ser integral, en la medida que ello sea posible y necesario, con lo cual se busca el pleno restablecimiento de quien ha sufrido el daño y por tanto lograr una justa reparación, en todas las

dimensiones que fuere menester, sea física, psíquica, moral, social, material o pecuniaria, compensatoria y de restablecimiento. (Corte Constitucional, Sentencia SU-080, 2020).

Es de estas nuevas formas de reparaciones a las cuales se ha debido acudir por la falta de legislación al respecto, que la Corte Constitucional por desarrollo jurisprudencial le otorga a la fijación de alimentos el carácter de sanción cuando estos puedan resultar como un mecanismo que garantice los derechos de la mujer, es decir, solo cuando la obligación de alimentos se establece por la violencia de género. Afirma la Corte Constitucional que la omisión legislativa ha generado una condición estructural de discriminación contra la mujer porque debido a la falta de legislación, en el caso concreto, los operadores jurídicos desconocen el alcance del enfoque de género en el accionar concreto de las expresiones a través de las cuales se administra justicia. En la Sentencia comentada, dos de los siete Magistrados no comparten la teoría de que los alimentos actúen como sanción, pues para ellos, la obligación de suministrar alimentos no tiene naturaleza reparatoria sino sancionatoria. Lo cual exige por expresión natural de la obligación que se evalúe la necesidad económica del titular de derecho. Mencionan que:

Debe reiterarse que la obligación alimentaria no nace para reparar un daño causado, sino que encuentra su razón en la ruptura de la expectativa de permanencia del vínculo matrimonial y como deber de solidaridad entre los miembros de la familia. De hecho, la obligación alimentaria no excluye una sanción indemnizatoria o de reparación, sin que la primera contenga a la segunda (Corte Constitucional, Sentencia SU-349, 2022).

IV. El enfoque de género como herramienta de obligatoria aplicación por los operadores judiciales, frente a casos que involucran múltiples formas de violencia contra la mujer.

Dentro de la Sentencia estudiada, la Corte Constitucional menciona diferentes tipos de violencias sin categorizarlas rígidamente sino con el objetivo de visibilizar los riesgos a los que está sometida una mujer a lo largo de su vida, y menciona entre ellos, la violencia sexual y esclavitud doméstica; la violencia en el marco de la prestación de servicios de salud¹²;

¹² Sentencia T-710 de 2017, Corte Constitucional.

violencia en el marco del acceso y permanencia en un trabajo¹³; acoso laboral¹⁴; violencia institucional¹⁵ y, violencia contra la mujer en el marco familiar y en particular en la relación con su pareja¹⁶.

En la Sentencia T-241 de 2016, la Corte Constitucional resalta la importancia del enfoque de género en las decisiones sobre violencia contra la mujer, pues se evidencia que la falta de análisis con perspectiva de género en las decisiones judiciales que se refiere a violencia o cualquier tipo de agresión contra la mujer puede afectar aún más los derechos de las mujeres por cuanto se omite valorar detalles y darles importancia a aspectos que para la solución del caso concreto resultan fundamentales. Además, en la Sentencia T-012 de 2016 menciona el tribunal que la aplicación del enfoque de género es una obligación de la administración de justicia, en la que se deben “interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género”. También, de manera más reciente, en la Sentencia SU-080 de 2020 menciona que la perspectiva de género obliga a analizar las circunstancias particulares de la violencia contra la mujer, en donde se incluya el aspecto sociológico o de contexto.

Así, al estudiar el caso, la Corte Constitucional encuentra que el artículo 7 literal G de la convención de Belém Do Pará “obliga al Estado, y en esa misma perspectiva al legislador y a los operadores jurídicos, a diseñar, establecer, regular y aplicar mecanismos dúctiles, ágiles y expeditos, con el fin de asegurar que la mujer objeto de violencia intrafamiliar tenga acceso efectivo a la reparación integral del daño, de manera justa y eficaz”

Una sociedad es más justa cuando asegura que la esfera de protección de los derechos de la mujer sea efectivamente visible y protegida (Villanueva, 2003). Desde el lenguaje, la cultura y las condiciones normativas se puede advertir un peso que recae con más fuerza sobre las aspiraciones o posibilidades de la mujer. Mujer que se ve permanentemente expuesta en su integridad física. Mujer que debe librar sus prioridades entre el éxito profesional o el cuidado del hogar. Mujer que advierte que la maternidad es un obstáculo en el proceso de consecución de sus metas profesionales, intelectuales o académicas. Mujer que

¹³ Sentencia T-236 de 2021 Corte Constitucional.

¹⁴ Sentencia T-426 de 2021 Corte Constitucional.

¹⁵ Sentencia T-735 de 2017, Corte Constitucional.

¹⁶ Sentencia T-982 de 2012; Sentencia T-434 de 2014, Corte Constitucional.

avisa más taras en el mundo laboral frente a sus compañeros varones o que advierte la imposibilidad de conciliar maternidad con independencia financiera. Cada una de estas condiciones presenta un limitante a la mujer como sujeto libre que tiene unas aspiraciones que tácita o explícitamente tienden a verse frustradas. Enfoque de género significa entonces llevar al derecho, a los operadores jurídicos, y de una manera muy especial a los jueces, la necesidad de advertir la existencia de tales limitaciones, muchas veces con resorte legal que debe erradicarse para que la plenitud de los derechos de la mujer, en tanto sujeto autónomo, sea posible (Corte Constitucional, Sentencia T-356, 2021).

V. Defecto por violación directa de la constitución, defecto decisión sin motivación y el defecto fáctico.

El defecto por violación directa de la Constitución es, a la luz de la interpretación de la Corte Constitucional, un defecto autónomo y específico, por tanto, encuentra fundamento en el valor normativo que tienen los preceptos superiores. Por ejemplo, se debe hablar de un defecto por violación directa de la Constitución cuando el juez ignora por completo principios constitucionales o cuando le da un alcance insuficiente a determinada disposición de la Constitución. En este sentido, la Corte Constitucional ha definido la existencia de un orden jurídico que no se expresa solo a partir de reglas, como ocurría en el Estado de derecho (Zagrebelsky; 1999, 109). Sino que se vale de principios, como normas jurídicas que tienen una fuerza jurídica vinculante y decisiva porque son normas que se desprenden directamente de las máximas constitucionales y deben preferirse con el objeto de asegurar la realización del Estado constitucional de derecho (Alexy, 1988, 140). Normas que tienen una jerarquía normativa supra legal y deben ser criterio de aplicación, de uso y de preferencia por encima de las reglas mismas (Corte Constitucional, Sentencia C-1260, 2001). El defecto de decisión sin motivación se explica con la Sentencia C-590 de 2005 de la Corte Constitucional, en la cual se le exige a los servidores judiciales cumplir con el deber de dar cuenta de las condiciones fácticas y jurídicas a través de las cuales se soporta de manera coherente, razonable y proporcional el alcance de lo decidido; pues es precisamente en el peso de su justificación donde radica la legitimidad de su decisión¹⁷.

¹⁷ Es procedente la acción de tutela contra providencia judicial de manera excepcionalísima, y siempre y cuando se satisfagan unos criterios generales y específicos de procedibilidad. En la sentencia T-164 de 2013, la Corte

Recientemente la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia se ha referido a este defecto y ha mencionado que: “juzgar con perspectiva de género es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STC-15780) En esta Sentencia, la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia menciona una serie de pautas interpretativas a las cuales debe sujetarse la actuación judicial.

(i) Evaluar las asimetrías entre los roles de género identificables en el caso concreto, incluyendo criterios de interseccionalidad, para lo cual se propone un análisis sobre la identificación de una relación asimétrica entre distintos roles de género presentes en una relación negocial o afectiva, con fundamento en los hechos de cada caso y considerando la revisión de otras circunstancias de vulneración concurrentes, tales como la pobreza, nivel educativo, etnia, orientación sexual, entre otros; es decir, debe superarse la evaluación de interseccionalidad; (ii) estudiar la configuración de patrones o actos de violencia, lo cual es una obligación en virtud de lo dispuesto en los artículos 7 de la Convención Belém Do Pará; 1, 2, 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y, (iii) verificar la causalidad eficiente de la violencia infringida en la afectación de los intereses del sujeto en situación de vulnerabilidad, lo que supone que el funcionario judicial revise que “la causa que la víctima o sujeto procesal invoca, explícita o implícitamente, como origen de los daños, perjuicios, o afectaciones ante la jurisdicción, tiene conexión causal con la violencia que sufre o padeció por razón de su género”.

A esta teoría se acoge la sala plena de la Corte Constitucional y concluye que, si una decisión judicial no aplica la perspectiva de género, en aquellos casos en donde los fundamentos fácticos dan cuenta de la necesidad de su aplicación, se estaría en una decisión sin motivación, y les impone la obligación a los jueces de aplicar este enfoque de género en cualquier momento, aun cuando las partes no lo hayan contemplado en sus alegatos. Este elemento es clave porque radica la carga de la prueba argumentativa en la autoridad judicial, que es quien goza de una mayor formación jurídica al respecto. De tal forma que la

Constitucional distinguió los requisitos de carácter general, llamados requisitos de procedencia, a través de los cuales se asegure el principio de subsidiariedad de la tutela y se advierta la existencia de un debate constitucionalmente relevante.

autoridad judicial no puede reducir su aproximación a la defensa de los derechos de la mujer solo con base en el libelo de las actuaciones de las partes. Su intervención expresada en términos de corrección del derecho se justifica por cuanto expresa la realización de la justicia material (Corte Constitucional, Sentencia SU-768, 2014).

El defecto fáctico, surge cuando: “el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.” (Corte Constitucional, Sentencia C-590, 2005). Es decir, se trata de un yerro ostensible, flagrante y manifiesto en la aplicación, práctica y valoración de la prueba que tiene influencia directa en la decisión tomada. De este defecto se podría decir que es utilizado positivamente cuando el juez aprecia pruebas que no han debido ser valoradas y que es utilizado negativamente cuando el juez omite erróneamente el decreto o la práctica de pruebas. La Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia tres eventos en los que se configura el defecto fáctico:

- (i) omisión en el decreto y la práctica de pruebas indispensables para la solución del asunto jurídico debatido;
- (ii) falta de valoración de elementos probatorios debidamente aportados al proceso que, de haberse tenido en cuenta, deberían haber cambiado el sentido de la decisión adoptada y,
- (iii) indebida valoración de los elementos probatorios aportados al proceso, dándoles alcance no previsto en la ley (Corte Constitucional, Sentencia T-084, 2017).

Cuando se está bajo un defecto fáctico, la parte accionante debe demostrar que el funcionario tomó la decisión desconociendo de manera arbitraria y sistemática la evidencia probatoria. La Corte Constitucional también ha desarrollado los casos en los que se da la valoración defectuosa y manifiesta que se presenta cuando:

- (i) la autoridad judicial adopta una decisión desconociendo las reglas de la sana crítica, es decir, que las pruebas no fueron apreciadas bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional;
- (ii) realiza una valoración por completo equivocada o contraevidente;
- (iii) fundamenta la decisión en pruebas que por disposición de la ley no son demostrativas del hecho objeto de discusión;
- (iv) valora las pruebas desconociendo las reglas previstas en la Constitución y la ley;
- (v) la decisión presenta notorias incongruencias entre los hechos probados y lo resuelto;
- (vi) decide el caso con fundamento en pruebas ilícitas y,
- (vii) le resta o le da un alcance a las pruebas no

previsto en la ley (Corte Constitucional, Sentencia T-476, 2019).

La Corte Constitucional concluye en la Sentencia SU-349 de 2022 que todo lo actuado en contra de los intereses y derechos de la señora Ana tipifica unos yerros insubsanables expresados de la siguiente manera, que justifican anular la providencia judicial cuestionada en razón de los siguientes aspectos: (i) existió un defecto específico por desconocimiento de la Constitución al crear un escenario de violencia institucional en contra de la accionante; (ii) se tipifica en lo actuado un defecto por ausencia de motivación, al no aplicarse la perspectiva de género a lo largo de todo lo actuado; (iii) la arbitrariedad del actuar judicial con respecto a la valoración de las pruebas que tipifica un defecto fáctico, del cual se deriva la imposibilidad de la señora Ana de allegar al proceso todas las pruebas documentales y testimoniales que pongan en evidencia la violencia física y emocional a la que fue sometida en el interior de su vida conyugal en razón de los actos criminales del cónyuge culpable.

La Corte Constitucional reitera el exhorto efectuado al Congreso para regular el derecho fundamental que tienen las víctimas en el interior de la vida conyugal a gozar de una reparación integral. Concluyó que se sometió a la señora Ana a un escenario revictimizante y reproductor de estereotipos sobre la ausencia de valoración de las labores de cuidado como aporte a la sociedad conyugal. En consecuencia, revocó las decisiones proferidas por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 15 de diciembre de 2021, que, a su vez, confirmaba la Sentencia proferida por la Sala de Decisión Civil, Familia y Laboral de Armenia (Quindío), del 27 de octubre de 2021, en donde se negaba el amparo solicitado del derecho al debido proceso; y en su lugar, ampara los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, a la no discriminación y a una vida libre de violencia por razón de género, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Sentencia. Asimismo, se dejó sin efectos la Sentencia del 29 de julio de 2021, y se ordenó al Juzgado accionado rehacer dicha actuación en los términos expuestos en la parte motiva de la Sentencia, para lo cual debió reabrir la etapa probatoria en virtud de que no se escuchó a la accionante y se declaró un defecto fáctico, en los términos propuestos. Sin embargo, para no perjudicar a la actora y en consideración a que se anulará la providencia que declaró la disminución de la cuota alimentaria, mientras se decide el asunto de la referencia, la juzgadora de instancia deberá

disponer el restablecimiento provisional de dicha cuota, con el fin de que la orden de rehacer la actuación de la referencia y su extensión en el tiempo no afecte los derechos de la accionante.

VI. Conclusiones

La Sentencia SU-349 de 2022, aunque sea una reiteración jurisprudencial de conceptos ya estudiados por la Corte Constitucional, es de vital importancia en el orden jurídico colombiano, pues deja ver el compromiso que tiene la Rama Judicial con la protección de la mujer y las formas de violencia basada en el género, dejando en evidencia la pasividad de la rama legislativa respecto al tema, haciendo caso omiso al exhorto hecho por la Corte Constitucional desde el año 2020.

La Corte Constitucional, con esta Sentencia y las demás mencionadas, dignifica el papel de la mujer y convierte el orden jurídico en un espacio seguro para las mujeres, que busca protegerlas, escucharlas, valorarlas y darles un papel privilegiado que impida ser revictimizada. En desarrollo jurisprudencial sobre el principio *Pro Femina*, asume la responsabilidad impuesta por la convención Belém Do Pará y cumple con la obligación que tiene el Estado Colombiano de diseñar, establecer, regular y aplicar mecanismos dúctiles, ágiles y expeditos, con el fin de asegurar que la mujer objeto de violencia intrafamiliar tenga acceso efectivo a la reparación integral del daño, de manera justa y eficaz.

Deja evidenciar la Sentencia mencionada que la Corte Constitucional está encaminando sus principios y su jurisprudencia a la implementación y el desarrollo de nuevos mecanismos que permitan la reparación integral de la víctima, mientras el Congreso cumple su deber de legislar el derecho fundamental a recibir reparación.

La Corte Constitucional es consciente de la deuda histórica que tiene Colombia con las mujeres víctimas de la violencia, asume su responsabilidad como tribunal intérprete de la Constitución con sentencias que imponen obligaciones y crean herramientas, espacios, marcos interpretativos y reparaciones integrales que benefician a la mujer víctima, la dignifica y exige para ella un lugar de protección a su integridad física, mental y emocional.

Sin embargo, no podemos dejar de lado la inestabilidad jurídica que ocasiona la irresponsabilidad legislativa del Congreso al no atender el exhorto de la Corte Constitucional para regular el derecho fundamental a acceder a una reparación integral en los casos de violencia familiar. La Corte Constitucional, aunque ha hecho un trabajo exhaustivo, completo, ordenado y consciente sobre el papel de la mujer, el *principio pro femina* y el respeto por los tratados internacionales que protegen a las mujeres, no puede llenar los vacíos legislativos. La Sentencia SU-349 de 2022 es un gran avance para la validación de la mujer, la protección y el reconocimiento de sus derechos, pero no puede ser la única herramienta jurídica que posicione los alimentos como una reparación integral a la víctima en casos de violencia, pues se le debe dar a la mujer estabilidad y rigidez jurídica de garantizar que sus derechos adquiridos no dependen de una variable jurisprudencial.

Al ser una Sentencia unificadora de jurisprudencia, la Corte Constitucional hace una gran conceptualización de las diferentes violencias a las que podría estar sometida una mujer y desarrolla los diferentes mecanismos para reparar a estas víctimas. Además, hace un recuento de Sentencias importantes para el desarrollo del tema y reiteró el deber que tiene el Estado colombiano y las obligaciones que debe cumplir con las mujeres, que históricamente han sido invisibilizadas y discriminadas. También, les recuerda a los jueces e insta a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para que, en ejercicio de sus funciones, difunda esta providencia y capaciten a los funcionarios judiciales sobre el enfoque de género en las providencias, con el objetivo de “*promover la creación de nuevos marcos interpretativos en perspectiva de género, que permitan la real y efectiva reconfiguración de patrones culturales y estereotipos de género discriminatorios.*”

Bibliografía

- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Revista Doxa*. No 5, pp. 139 – 151.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará” (1994).
<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Corte Constitucional, Sentencia T-406, 1992.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-165, 1995.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-165-95.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-582, 1999.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/c-582-99.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-1260, 2001.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1260-01.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-590, 2005.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-590-05.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-667, 2006.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-667-06.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia C-355, 2006.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-982, 2012.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-982-12.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia SU-768, 2014.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU768-14.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-878, 2014.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-878-14.htm>

- Corte Constitucional, Sentencia T-772, 2015.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-772-15.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-241, 2016.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-241-16.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-012, 2016.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-012-16.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-265, 2016.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-265-16.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-027, 2017.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-027-17.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-735, 2017.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-735-17.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-710, 2017.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-710-17.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-084, 2017.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-084-17.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-003, 2018.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-003-18.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia SU-057, 2018.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU057-18.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-338, 2018.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-338-18.htm>
- Corte constitucional, Sentencia T-462, 2018.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-462-18.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-476, 2019.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-476-20.htm>

- Corte Constitucional, Sentencia SU-080, 2020.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU080-20.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-344, 2020.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-344-20.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-236, 2021.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-236-21.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2021.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2021/T-356-21.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-426, 2021.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-426-21.htm>
- Corte constitucional, sentencia T-016, 2022.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-016-22.htm>
- Corte Constitucional, Sentencia T-225, 2022.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-225-22.htm#:~:text=T%2D225%2D22%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Revisi%C3%B3n%20de%20las%20decisiones%20judiciales,24%20de%20Familia%20de%20Bogot%C3%A1>
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, STC-15780.
- Kislinger, L (2015). *Viejas realidades, nuevos conceptos: violencia mediática y violencia simbólica contra la mujer*. En: Temas de comunicación; No 31.
- Moreno V & Restrepo, J. (2020). La corrección constitucional del divorcio. Análisis estático de la Sentencia SU-080 de 2020 de la Corte Constitucional de Colombia. *Revista de derecho público*. No. 93, pp. 109-133.
- Restrepo, J. (2020). *Estructura constitucional del estado colombiano*. Bogotá, Ibáñez
- Villanueva, R. (2003). Garantías constitucionales y protección de los derechos de la mujer. *Revista Derecho & Sociedad*. No 21, pp. 210 – 224
- Zagrebelsky, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta

**LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD. ENTRE LA NECESIDAD DE AJUSTE
NORMATIVO DEL DERECHO COMÚN ARGENTINO Y
EL PELIGRO DE LA BANALIZACIÓN DE SUS
FUNDAMENTOS**

**THE LEGAL CAPACITY OF PERSONS WITH
DISABILITIES. BETWEEN THE NEED FOR
REGULATORY ADJUSTMENT OF ARGENTINE LAW
AND THE DANGER OF TRIVIALIZATION OF ITS
FOUNDATIONS**

Adriana Silvia Pérez¹
Universidad Nacional de Entre Ríos
Universidad Católica de Santa Fe

Recibido: 04/02/2023 - Aceptado: 01/06/2023

Resumen: El derecho civil argentino ha atravesado un proceso de profundas modificaciones producto de las corrientes conocidas como constitucionalización y humanización del derecho privado. Unos de los temas en los que se hace notoria la influencia es el del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, este trabajo tiene por objetivo corroborar la incidencia de la CDPD sobre nuestro derecho común; partiendo de la conjetura de que la reorganización del sistema normativo vino acompañado de la banalización de sus fundamentos. A los fines del estudio se segmentan los periodos comprendidos entre la aprobación de la Convención y vigencia del Código Civil y el posterior a la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación. Para ello, en un primer momento se analizan comparativamente las legislaciones

¹ perezadrianasilvia@gmail.com

nacional e internacional. Seguidamente, el enfoque se dirige a algunos pronunciamientos judiciales correspondientes a idénticos períodos. Del estudio se concluye la fuerte incidencia de la norma internacional en el derecho común argentino, pero no en la dimensión planteada en el texto y su aplicación.

Palabras clave: Capacidad jurídica, Discapacidad, Constitucionalización, Humanización, Derecho común.

Abstract: The argentinian civil law have gone through a set of deep modifications product of the currents known as constitutionalization and humanization of the private law. One of the areas in which its influence is noticeable is the legal capacity of disabled persons. So, this work has as objective to corroborate the incidence of the CDPD over our common right; starting from the idea that the reorganization of the normative system came with the banalization of its fundamentals. For the purposes of the study the periods between the passing of the Convention and the time of effect of the Civil Code and its later entry into the National Civic and Commercial Code. Because of that a first glance comparative analysis of national and international legislation. Following, the focus is put on certain judicial pronouncements corresponding to the same periods. It can be concluded from the study that a strong incidence of the international law on the argentinian common right, but no in its intended dimension both in text and application.

Keywords: Legal capacity, Disability, Constitutionalization, Humanization, Common right.

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) incorpora una significativa modificación al régimen de la capacidad jurídica de las personas, con particular atención en las personas con discapacidad. La codificación -hoy ya no tan nueva- se ocupa de su desarrollo en los arts. 22 a 50.

Este instrumento normativo interno aprobado por la Ley 26994 del año 2014 entró a regir el 1° de agosto de 2015. Estas fechas son de importancia a los fines de visualizar el impacto de la norma en la jurisprudencia.

El Código se presenta como una regulación normativa superadora, con perspectiva de ajuste a los estándares internacionales de derechos humanos, estableciendo -de acuerdo con su título preliminar- a la Constitución Nacional y los Tratado de Derechos Humanos en que la republica sea parte como fuente y guía interpretativa. De modo tal que, sostiene Lorenzetti, lo diferencia del sistema anterior en la convalidación de una pluralidad de fuentes y la concreción de la constitucionalización del Derecho Privado (Lorenzetti, 2014, p.26).

Quienes actuamos como operadores jurídicos en cualquiera de sus roles, hemos sido testigos de los efectos de una legislación decimonónica puesta a resolver la situación jurídica de las personas con discapacidad mental, denominación comprensiva de aquellas cuyo origen se encuentra en la discapacidad intelectual y la psicosocial. De igual modo, presenciamos la recepción y plasmación de una forma diferente de entender el derecho a partir de la nueva codificación.

Sin dudas la adecuación normativa ha sido superadora, muy pocas voces se manifiestan abiertamente en disidencia⁽²⁾. No obstante, en su mayoría, las sentencias de “determinación” o “restricción” de la capacidad no responden a la expectativa generada.

Se constata fácilmente que la fuente convencional se encuentra presente en los fundamentos de las resoluciones dictadas a partir del 1° de agosto de 2015, en los *considerando* se describen con detalle los artículos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la invocación al Modelo Social de la Discapacidad; se recurre a las citas doctrinarias más destacadas llevando al lector gran satisfacción por el despliegue de una argumentación firmemente sostenida (art.3 CCCN). Pero luego, como si nos encontráramos frente a las incoherencias propias de los sueños, el *resuelvo* parece venido de otro proceso, de otro tiempo, desdibujando la capacidad jurídica reconocida en los párrafos anteriores.

Ante ello cabe preguntarse: ¿Fue necesaria la nueva regulación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad contenida en el CCCN?; ¿el CCCN responde cabalmente a la CDPD y al Modelo Social de la Discapacidad? Esta adecuación normativa ¿fue suficiente para incorporar cambios sustanciales en las prácticas jurídicas o se trata de una referencia retórica que banaliza al Modelo Social y a los derechos llamados a proteger?

De tal modo, a partir de una pequeña muestra aleatoria de sentencias publicadas en diversos medios especializados, este

⁽²⁾ Pueden consultarse las conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. <https://jndcbahiablanca2015.com>.

trabajo se propone establecer la incidencia de la CDPD sobre el derecho argentino en lo relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, particularmente:

- a) Verificar necesidad de actualizar el código velezano de acuerdo con la corriente de constitucionalización-convencionalización del derecho privado en el período comprendido entre la aprobación de la CDPD (2008) y el 31/07/2015.
- b) Comprobar la tendencia a la declaración de inconstitucionalidad del período comprendido entre la aprobación de la CDPD (2008) y el 31/07/2015
- c) Identificar los aspectos problemáticos en la interpretación de los tribunales, causantes de revocación de los decisorios posteriores al 1° de agosto de 2015.
- d) Determinar la existencia de control de constitucionalidad convencionalidad en los decisorios posteriores al 1° de agosto de 2015.

Nuestra conjetura es que fue necesaria una profunda modificación que respondiera a una perspectiva de derechos sustentada en los principios constitucionales y pro-persona. Que ello requiere un cambio de paradigma no acabadamente plasmado en la nueva codificación, que afecta a su aplicación; pero en tanto que nuevo y responder a la corriente convencional no merece cuestionamiento.

Para responder estos interrogantes es necesario conocer el contenido y los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD); las conceptualizaciones de la capacidad jurídica y sus modelos de

atribución, en especial el que hace la CDPD y que responde al Modelo Social de la Discapacidad. De tal modo tener certeza de a que nos referimos y no caer en manifestaciones vacías de contenido.

II. El Modelo Social de la Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad

El primer interrogante es si el CCCN responde a la CDPD y al Modelo Social de la Discapacidad.

Resulta indispensable entonces dejar en claro en primer término qué es el Modelo Social de la Discapacidad y como pasó del movimiento social y la academia al ámbito normativo internacional.

El Modelo Social de la Discapacidad, tal la denominación acuñada por Mike Oliver (Ferrante, 2019) es un modelo explicativo de un fenómeno social, pero al mismo tiempo de lucha contra la opresión que sufren las personas con discapacidad, que tiene como objetivo la promoción de la participación y el activismo de las personas con discapacidad como forma de levantar las barreras que impiden o dificultan el ejercicio de sus derechos.

Este es el resultado del reclamo por los derechos civiles y políticos de los años 60 y 70 del siglo pasado, nacido en Estados Unidos luego tomó todo su vigor en Inglaterra de allí también que suele denominarse Modelo social anglosajón. El Modelo -en sus orígenes de claro corte materialista- tiene entre otras características la incorporación en su construcción de vocablos anglófonos de: “impairment” deficiencia y “disability” discapacidad; diferencia así a la deficiencia que es un concepto que refiere a lo biológico de la discapacidad que se vincula a lo

social. Según este modelo es la sociedad la que discapacita con normas o conductas opresoras que excluyen de la participación social y el ejercicio de derechos a la persona portadora de alguna deficiencia. El problema para el Modelo Social no es individual sino social, de modo que la solución a ese problema no consiste en rehabilitar a la persona sino de lograr que la sociedad cambie el juego y sus reglas para no excluir a nadie.

Siendo el activismo uno de sus postulados fundamentales, sus militantes avanzaron en diversos foros en procura del reconocimiento de sus derechos.

En ese derrotero se plasmaron diferentes instrumentos internacionales, en primer momento de *soft law* como el Programa de Acción Mundial para los Impedidos (1982); las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993); Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental (1991).

Los expertos y activistas Gerard Quinn y Theresia Degener en su informe (2002) pusieron de relieve la necesidad de avanzar en el reconocimiento de sus derechos mediante su visibilización y un instrumento legal vinculante.

Este objetivo recién se cumplió el 21 de mayo de 2006 con la aprobación en el seno de las Naciones Unidas de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

Tal como señala Ferrante (2019), el modelo social de la Convención se desprendió de sus componentes marxistas, al tiempo que recogió aspectos relevantes de interseccionalidad como sexo, raza, edad, etc. ignorados por sus precursores (Ferrante, 2020).

1. El art. 12 de la CDPD

La Convención no define a la discapacidad, pero sí deja sentado que es un concepto que evoluciona y que es el resultado de dos componentes que interactúan: personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (cf. Preámbulo inc. c). Si bien el texto reconoce la existencia de dos elementos constitutivos de la discapacidad, uno el sustrato biológico (el *impairment* del modelo social de los inicios) el análisis del contenido del articulado permite concluir que el énfasis está en los derechos y los medios para eliminar las barreras que impiden su ejercicio (*disability* del modelo social).

Pero lo que si define es persona con discapacidad:

Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (art.1 últ. parte).

Nótese que al expresar que “incluyen” a las deficiencias que enumera, deja abierta la posibilidad de su modificación atento el carácter evolutivo del concepto discapacidad.

Lo disruptivo de la CDPD fue su art. 12. Según refiere Palacios (2008) su texto suscitó un ríspido debate, al punto de poner en riesgo la aprobación del instrumento.

Por lo tanto, es imprescindible conocer qué entiende la CDPD por capacidad jurídica y cuál es el modelo de atribución de la capacidad jurídica contenido en dicho instrumento internacional, de modo de posibilitar un análisis comparativo de

congruencia con el código velezano y la recodificación argentina.

El art. 12 titulado Igual reconocimiento como persona ante la ley, consta de cinco párrafos. Su prescripción aplica a todo tipo de discapacidad:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las

personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Así, en primer lugar, se reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, cuestión que no ofreció resistencia por parte de los representantes de los países.

A renglón seguido, se ratifica el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. Los cuestionamientos encontraron la salida mediante la instrumentación de los apoyos (3er. parr.) y para evitar los abusos e influencias indebidas dado el reconocimiento de una posición desventajosa, la instrumentación de las salvaguardias (4to. parr.). Para culminar resaltando el derecho de acceder a derechos económicos, sucesorios y el manejo de sus propios asuntos, cuestiones de las que histórica y habitualmente se ven despojadas o desplazadas las personas con discapacidad.

La Convención entiende a la capacidad jurídica como universal vinculada a la dignidad inherente de la persona, es decir que debe reconocerse a toda persona más allá de su condición o situación. Porque al decir de Rafael de Asis Roig (2009) no se trata de una cuestión de talentos.

Las discrepancias surgidas al momento de tratar este tópico hicieron del mismo el objeto de la primera labor interpretativa del Comité creado por la Convención (Sagües, 2016). En 2014 el Comité CDPD, en uso de sus facultades como órgano instituido por el Tratado, elaboró la Observación General N°1 (con corrección del año 2018) en la que explícita y categóricamente expresa que la capacidad jurídica es una y no es posible desdoblarla, que está conformada por dos facetas la de titularidad de derechos y el ejercicio de estos, las que son coexistentes, de tal modo ninguna de ellas puede ser negada, limitada ni restringida (Obser. Gral. N°1, parr.14).

Al mismo tiempo identifica en los diferentes derechos internos tres criterios de afectación en el ejercicio de la capacidad jurídica, los que rechaza por violatorios a la CDPD y por lo tanto insta a los Estados a su reformulación. Estos son: criterio con enfoque en la condición (diagnostico), de resultado (decisiones con resultados considerados negativos) y el funcional o competencial (enfoque basado en la evaluación de la capacidad mental⁽³⁾) (parr 15).

En consecuencia, el art.12 viene a poner en crisis a las legislaciones internas de los países suscriptores, los que al ratificarla se obligan a adaptarse a ella. De tal modo, el Código velezano entraba en franca colisión con las directivas convencionales.

¿De qué se trata la confrontación? El hoy derogado Código Civil argentino, como la mayoría de las legislaciones, regulaba la capacidad jurídica, distinguiendo la capacidad de derecho (o

⁽³⁾ La Observación General n°1 aclara en el par.13 que la capacidad jurídica y la mental son conceptos distintos. La capacidad mental “se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales”.

de goce) con la que denominaba capacidad de hecho (o de obrar) (Lorenzetti, 2014, p.109). Así, disponía la incapacitación de las personas dementes o que a causa de enfermedad mental no tuvieran aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes (art.141 CC)⁽⁴⁾.

Estas legislaciones sostenían un modelo de atribución de capacidad discriminatorio a la luz de las consideraciones de la Observación General n°1 y la CDPD. De acuerdo con un diagnóstico (enfoque de condición) o de las decisiones entendidas como erróneas (enfoque de resultado) o bien por considerar que la forma de “funcionamiento” de su pensamiento (enfoque competencial o funcional) era incorrecto se negaba a la persona la capacidad y el ejercicio de actos jurídicos. A consecuencia de ello, se le designaba un curador quien, de acuerdo con modelo de sustitución para la toma de decisiones, tal como “un buen padre de familia” (cf. art. 475, 413 CCiv.) tomaría las decisiones que afectarían los derechos y la vida de la persona con discapacidad. Este curador obraría de acuerdo con el mejor interés objetivo.

El Código Civil argentino detentaba el paradigma paternalista en torno al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad.

Como ya se vio, la CDPD desprecia la sustitución en la toma de decisiones en cualquiera de sus variantes, sosteniendo el modelo promotor del ejercicio de la capacidad jurídica (Benavides López, 2013). La convención potencia el reconocimiento y ejercicio de la autonomía de la voluntad como objetivo primero, de tal modo no resulta compatible la

⁽⁴⁾ La terminología demente o enfermo mental corresponde a la denominación de la Ley 17711. El texto original se refería a dementes en estado habitual de manía, demencia o imbecilidad.

existencia de un curador que vele por un interés objetivo. Para ello y a sabiendas de las dificultades que pueden significar la toma de decisiones, incorpora la herramienta de los apoyos.

El Comité CDPD dice: El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. (parr.17). Aun en los casos difíciles donde no es posible determinar la voluntad y preferencia de la persona pese lo esfuerzos realizados, esta no debe ser sustituida por la determinación del “interés superior” sino supeditada a la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” (parr.21).

A su vez, explica que apoyo

es un término amplio que engloba arreglos oficiales y officiosos, de distintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse.

Es fácil observar la incompatibilidad entre el código velezano y la Convención.

2. *Una cuestión de principios*

Si bien el art. 12 tiene una importancia capital habida cuenta que cambia la manera de comprensión de la capacidad jurídica y

con ella el posicionamiento del sujeto -persona con discapacidad- en las relaciones jurídicas, no es menos importante el contenido del art. 3 de la Convención.

Este hace referencia a los principios que sostienen al instrumento internacional, los que han de ser tenidos en cuenta en la remisión que realiza el nuevo ordenamiento interno.

El art.3 reza:

Los Principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Los principios explicitados en el art.3, atraviesan el articulado de la CDPD, fiel reflejo de la interdependencia e interrelación propias de la naturaleza de los derechos humanos a los que sostiene; de la atenta lectura de la Convención podrá corroborarse la existencia de estos en diversos pasajes.

No obstante, se subraya su explícita recepción en textos específicos.

Así, el inc a) se refleja en el ya comentado art. 12, el que sostenido por el respeto de la dignidad inherente del ser humano refuerza la idea de autonomía personal como sujeto moral autónomo, libre de tomar sus propias decisiones.

El principio de no discriminación contenido en el inc. b) es definido en el art. 2 segundo párrafo; en tanto que en el art. 5 bajo el título de Igualdad y no discriminación, se establecen las obligaciones de los Estados Partes a fin de reconocer, garantizar la igualdad y no discriminación; al tiempo que habilita las medidas de discriminación positiva.

El inc c) que describe el principio de participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, tiene un desarrollo sustancial en el art. 19, comúnmente referenciado como el de “vida independiente”. Este reconoce el derecho a la elección del lugar de residencia, dónde, cómo y con quien vivir de las personas con discapacidad: Para ello, la obligación de los Estados de garantizar el acceso de diversos servicios de asistencia domiciliaria. La finalidad de este reconocimiento es posibilitar la inclusión en la comunidad y evitar el aislamiento y reclusión a la que se vieron históricamente sometidas las personas con discapacidad.

Los principios enunciados en los incs. d) y e) respeto por la diferencia y aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y condición humanas y de igualdad de oportunidades no tienen un “espejo” individual en el que mirarse, sino que se plasman a lo largo del reconocimiento de los derechos comunes y las obligaciones necesarias para garantizarlos. Ejemplo de ello, las relativas al derecho a la educación (art.24), al trabajo (art. 27), etc.

La accesibilidad (inc. f) cobra particular relevancia cuando se trata de personas con discapacidad, la que, amén que principio, es una verdadera herramienta para el ejercicio de derechos. Se trata de una condición previa para el ejercicio de derechos. Es de notar su relevancia a punto tal que se considera a la

accesibilidad como un derecho propio de las personas con discapacidad con matices que lo diferencian de la accesibilidad en modo genérico. Este principio es desarrollado en el art. 9⁽⁵⁾.

Los inc. g) y h) receptan la igualdad entre el hombre y la mujer y el reconocimiento de la capacidad progresivas de niños, niñas y adolescentes, en franca consonancia con los tratados internacionales de derechos de humanos como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y de Derechos del Niño (CDN) respectivamente. Su incorporación obedece al relevamiento de las situaciones de discriminación por razón de sexo y edad dan cuenta los términos del preámbulo de la CDPD (incs. p, q, r y s). La relevancia se ve reflejada en los textos de los arts. 6 bajo el título Mujeres con discapacidad y el 7 bajo el título Niños y niñas con discapacidad.

III. *La CDPD y el derecho argentino.*

1. *El camino normativo*

La reforma constitucional de 1994 puso atención en la protección de los derechos de grupos en especial situación de vulnerabilidad; entre ellos las personas con discapacidad. Así, el art. 75 inc. 23 expresa que corresponde al Congreso:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto

⁽⁵⁾ Recomendamos la lectura de la Observación General n°2 del Comité CDPD, disponible en www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd.

de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...

Así, en los albores del siglo XXI Congreso Nacional el 21 de mayo de 2008 aprobó mediante la Ley 26378 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Los compromisos del Estado argentino al suscribir y aprobar la CDPD fueron el motor de profundos cambios normativos internos respecto de las personas afectadas en su salud mental. De tal modo, en diciembre de 2010 se sancionó la Ley n° 26657 conocida como Ley de Salud Mental (LSM).

La Ley 26657 también responde a normas de *soft law* a las que considera parte integrante de ella: Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (Resolución 46/119 del 17/12/1991); instrumentos regionales Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica de dentro de los Sistemas Locales de Salud (14/11/1990), los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas (9/11/1990) que “se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas” tal como lo señala en su art. 2, Esta ley especial introduce las primeras adaptaciones del derecho doméstico a lo normado sobre la capacidad jurídica en el código civil vigente por entonces.

Debe destacarse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sustentó lo resuelto en “T.R.A s/internación” (fallo del 27/12/2005) y “R.M.J. s/Insania” (fallo del 19/02/2008) en los Principios de la ONU -entre otros instrumentos internacionales-

lo que constituye “un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos que deben ser respetados rigurosamente” (Bazán, 2013, p.121). De los antecedentes del máximo tribunal se desprende el lugar preeminente y plena operatividad de estos instrumentos más allá de tener o no condición vinculante.

Las modificaciones de la Ley 26657 al C. Civ. fueron: a) la incorporación del art. 152 ter según el cual:

las declaraciones judiciales de incapacidad e inhabilitación debían fundarse en un examen de facultativos conformados por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible” y b) la del texto del art. 482: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial. Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. A pedido de las personas enumeradas en el art. 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y

adiciones, que requieran asistencia en establecimiento adecuado aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad.

El microsistema normativo creado a partir de la Ley 26657 y sus disposiciones modificatorias al Código velezano fue un parche que suscitó críticas por cuanto insuficientes (Olmo y Martínez Alcorta, 2011), al tiempo que el conflicto normativo que se trasladó a su aplicación concreta.

La situación normativa de entonces había perdido la armonización y seguridad propias de la rigidez de la codificación decimonónica. Como bien describe Lorenzetti (1995, p. 13) “No sólo hay una descodificación legislativa sino un problema de explosión con una enorme fuerza centrípeta, desintegradora, en el plano de la ley, de otras fuentes, de la doctrina, y del Derecho Privado en general”.

La falta de respuesta de los viejos textos a la complejidad de los nuevos tiempos no desembocó en la desaparición de la codificación, sino en una nueva concepción de ella, con una construcción atravesada por otros sistemas, donde se difuminan las fronteras entre lo público y lo privado, bajo la influencia de los derechos humanos (Mosset Iturraspe, 2011, pp.139-142).

La recepción en el ámbito legislativo interno de estos instrumentos globales e internacionales son consecuencia de la presión del derecho internacional de los derechos humanos (Sagües, 2016, p.390); la que se manifestó sostenidamente, primero en el texto constitucional y luego en el microsistema de la ley especial (LSM) y ahora en la recodificación de 2014.

De acuerdo con ello, el paradigma emancipatorio de la autonomía de la voluntad contenido en la CDPD, hasta entonces escasamente aplicado, cobró fuerza con la nueva codificación

civil y comercial unificada por dos vías: por un lado, a través de la jerarquización explícita de los tratados de derechos humanos como fuente normativa (art.1 CCCN) e interpretativa (art.2 CCCN) y por el otro, con la reestructuración total del tratamiento de la capacidad jurídica de la persona humana (arts. 22 a 50).

El Capítulo 2 en su sección 3° sobre Restricciones a la capacidad remite a la ley especial implícita o explícitamente (arts. 41 y 42). Promoviendo de tal forma el dialogo de fuentes, en una apuesta del legislador a un sistema flexible capaz de mutar y adaptarse a los cambios futuros.

Por otro lado, es de destacar que antes de entrar en vigor el CCCN, la CDPD adquirió jerarquía constitucional según Ley 27044 sancionada el 19 de diciembre de 2014; pasando a integrar el bloque constitucional federal de conformidad al art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional.

Así, a la ya operatividad de la CDPD fundada en la aplicación del art. 31 de la CN y del Tratado de Viena (Sagües, 2016; Villaverde, 2013), se suma su jerarquía de ley superior de la Nación complementaria de la Carta magna.

2. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el CCCN. Una mirada crítica.

Planteada la necesidad de armonización del Código Civil a los estándares internacionales, en 2014 se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde 2015.

En la búsqueda de la respuesta a nuestro segundo interrogante -cuan acabadamente responde el CCCN a la CDPD y al Modelo Social- nos proponemos un análisis crítico de la recodificación a

la luz de la CDPD. A tal fin se enfatizan las consideraciones sobre aquellas disposiciones que a nuestro juicio pudieran generar algún conflicto con la ley superior.

Para una ubicación contextual, debe tenerse presente que el Código Civil y Comercial fue pionero, el primer Código que se reformuló persiguiendo la adaptación convencional. Fue sin dudas en aquel momento un gran desafío, con un resultado superador al código velezano y sus “remiendos”. Incorporó varios principios convencionales, la capacidad como regla, la implementación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, etc (Fernández, 2020).

En su armonización con los derechos de las personas con discapacidad eliminó la incapacidad del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito (art. 153 C. Civ.). Texto que no superaba el más mínimo test de convencionalidad. La categoría de sordomudo es inexistente, dado que las limitaciones del habla de las personas sordas son producto de la falta de audición y no del habla, por otro lado, la misma Convención reconoce la validez de los medios de comunicación alternativos, la no puede limitarse a la forma escrita (art.2 CDPD).

A los fines del análisis comparativo de las normas, en una suerte de control de convencionalidad, debe tenerse presente entonces, que según la interpretación del art. 12 contenida en la Observación General n°1 la capacidad jurídica es una, no admitiendo ser separada en la titularidad de derechos y el ejercicio de derechos: “...Por consiguiente para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta: esas dos facetas no pueden separarse....” (Ob. Gral. N°1 Parr.14).

Ahora bien, el nuevo Código mantiene la clásica división entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, tal como surge de los títulos de los arts. 22 y 23. Se destaca el cambio nominativo con respecto al código derogado en cuanto habla de capacidad de ejercicio y no capacidad de hecho.

Más allá de la consideración de que las restricciones a la capacidad jurídica son limitadas a las excepciones expresamente previstas en el CCCN y a una sentencia judicial, las categorías de los arts. 22 y 23 no modifican sustancialmente a las del CCiv., al tiempo que no se adaptan a la interpretación autorizada del Comité CDPD.

Si bien en principio puede resultar esta observación trivial, debemos tener presente que el CCCN tuvo aspiraciones de ser congruente con el sistema normativo internacional, especialmente en lo atinente a los derechos humanos pero sin dejar de lado la cara significancia y particularidades de estos a nivel local (Souza Santos, 2002) producto de nuestra trágica historia más reciente. Bajo esa premisa, no parece el texto final del CCCN adecuado a la CDPD, fundamentalmente porque no logra desprenderse del modelo que pretende superar.

Tras lo dicho, podrá advertirse que en este trabajo nos referimos al *ejercicio de la capacidad jurídica* -tal como lo hace la Obs. Gral. n°1- y no a la *capacidad de ejercicio*.

El CCCN plasma la gradualidad en el ejercicio de la capacidad jurídica. Lo hace categorizando: capacidad restringida, incapacidad e inhabilitación.

La gradualidad no es nueva en derecho argentino.

Mediados del Siglo XX Ramon Carrillo (Martínez, 2017) manifestó su preocupación por aquellas “zonas grises” en las que se encontraban por ejemplo las personas afectadas por el

consumo de alcohol, advirtiendo la necesidad de regular diferencialmente la capacidad jurídica en estas situaciones.

La idea, luego de formar parte de proyectos legislativos, resultó incorporada por la reforma al Código Civil de 1968 mediante el Decreto Ley 17711, con el art. 152 bis:

Podrá inhabilitarse judicialmente: 1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuesto a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. 3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes. Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicaran en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Al margen de la gradualidad que posibilitaba el Código Civil para esos casos puntuales, la jurisprudencia tomó nota de que en cuestiones de ejercicio de la capacidad jurídica no todo es negro o blanco:

Quien puede lo más puede lo menos. Si el juez puede privar a una persona de dirigirse a sí misma y de administrar sus bienes, en forma total, también puede hacerlo parcialmente. Entre la capacidad total y la incapacidad total existen infinitos grados, matices y circunstancias. (CNCiv. Sala C, 1985).

Por su parte, el CCCN -como ya se dijo- significó un claro avance en la adecuación de la normativa interna a la internacional.

La nueva codificación -amén de la remisión a la fuente de mayor jerarquía- replica los principios de *soft law* receptados en la ley especial (ley de salud mental) (art.31) y partiendo de la premisa de la presunción de capacidad establece las restricciones en art. 32.

Así, el art. 32 titula: Persona con capacidad restringida y con incapacidad. De tal modo, el CCCN genera una nueva categoría: la de persona con capacidad restringida y sostiene la ya conocida de incapaz para los casos excepcionales donde la persona estuviera imposibilitada de interactuar con el entorno y expresar su voluntad aun con medios alternativos y que los apoyos o sistema de apoyos resultaren ineficaces.

De acuerdo con ello, el juez podrá restringir la capacidad para determinados actos las personas mayores de 13 años afectadas por una alteración mental permanente o adicción cuando estime que de su pleno ejercicio pudiera resultar un daño a su persona o a sus bienes.

Para así disponerlo, el juez deberá fundarse en un informe interdisciplinario y la situación será revisable periódicamente (no más de tres años). La revisión no constituye un nuevo proceso de declaración de capacidad, sino un mecanismo a modo de salvaguardia de conformidad a los términos convencionales.

Esta sentencia clasifica a la persona como persona con capacidad restringida al tiempo que declara la restricción de la capacidad jurídica y designa los apoyos necesarios siguiendo la directriz convencional de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona; al mismo tiempo establece las salvaguardias respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida (art. 43). En caso de corresponder, dispondrá su incapacidad y la designación de curador (art.32 últ. párr).

Por su parte, el art. 43 CCCN conceptualiza, define la función y la forma de designación de los apoyos. A nuestro juicio el texto que mejor expresa el cambio sustancial contenido en el art. 12 de la CDPD.

No obstante, su ubicación dentro del Título 2, luego de la conceptualización de persona con capacidad restringida y la regulación del juicio declarativo ha dificultado su correcta visualización y valoración.

Así, pareciera que la designación de apoyos se condiciona a la existencia de un proceso de restricción o determinación de capacidad. Ni la Convención ni la Observación General N°1 insinúan la necesidad de un proceso de tal naturaleza: solo es necesario el establecimiento de apoyos para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica.

Por eso, consideramos que la categoría de persona con capacidad restringida es innecesaria y funciona como un lastre que dificulta la comprensión del cambio paradigmático que propone la Convención. El diseño de esta parte del CCCN no permite superar la dualidad de los códigos decimonónicos la que ahora se traslada del binomio capacidad-incapacidad al de capacidad-persona con capacidad restringida. Como bien expresa Murua (2020), el art. 32 es muestra de la “acumulación de paradigmas” de la nueva codificación.

En el mismo sentido Martínez Pujalte (2017) sostiene que es necesario romper con las viejas estructuras, desprenderse de aquellas conocidas, de modo que no haya sospecha de estar repitiendo viejos modelos.

Para cerrar la consideración del art. 32, el sostenimiento de la categoría residual de incapacidad está reservada para los casos de imposibilidad de comunicación de la voluntad por cualquier medio y donde los apoyos resultaren ineficaces. En su momento se ejemplificó con el caso “Ceratti”. Podrá verse claramente que no es una categoría congruente con la Convención, y así fue cuestionada por activistas, en estas situaciones según el paradigma de la autonomía de la voluntad la figura del apoyo adquiere la forma de “toma de decisiones facilitada”. Siguiendo a Martínez Pujalte (2017), la categoría subsistente en nuestro derecho supone el riesgo de “caer por la pendiente resbaladiza”, lo que de hecho ha sucedido, tal como da cuenta la existencia de sentencias que aplicaron la categoría de incapacidad a supuestos de dificultades de moderadas a severas, pero no compatibles con los elementos constitutivos de la categoría.

Así las cosas, la regulación del CCCN ha propiciado el cambio de etiquetas, ya no declaración de insania o incapacidad

sino de capacidad restringida, como dice Murua (2020). Claro está que el cambio de denominaciones por sí solo no cambia la sustancia; parafraseando a Almeida y Angelino (2010): *ya no eres incapaz, eres persona con capacidad restringida*, pero las marcas, los prejuicios, las limitaciones permanecen.

Sin dudas estas contradicciones internas de la nueva codificación pueden salvarse con la correcta interpretación de los operadores jurídicos y el dialogo de fuentes del título preliminar. Se reconoce el avance normativo que significó el CCCN, pero también que fue el resultado de discusiones y posiciones encontradas, lográndose el mejor texto posible. No obstante, ello no es óbice para apuntar las dificultades que presenta una norma que tiene el imperativo de modificar un proceso cargado de prejuicios y concepciones propios de otros tiempos.

Por otra parte, el nuevo diseño potencia la participación en el proceso y el efectivo ejercicio de la defensa de los derechos del afectado. Le otorga carácter de parte, con derecho a ser oído antes del dictado de cualquier resolución que le afecte; la inmediatez; el derecho a la asistencia letrada propia. Exhibe así, una notable armonización con los estándares de los arts. 13 y 14 de la CDPD, la que probablemente responda a la alta consideración local del derecho de defensa en juicio y a las garantías del debido proceso, así como la influencia del instrumento regional sobre derechos humanos la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos caracteres no se observan con tal envergadura en las reformas más recientes como las de Perú y Colombia⁽⁶⁾, las que paradójicamente, son

⁽⁶⁾ Perú modificó su regulación interna mediante el Dcto. Legislativo n°1994 del 03/0/2018 modificadorio del Código Civil; Colombia modificación el tratamiento de la capacidad jurídica por Ley n°1996 del 26/08/2019.

consideradas como superadoras en cuanto a su adecuación a la CDPD.

IV. La puesta en práctica. Breve análisis jurisprudencial.

Luego de analizar los textos normativos respecto de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en todos sus niveles, nos direccionamos a hacer lo propio sobre la praxis de nuestros tribunales.

Para ello se recurrió al análisis de contenido comparativo de resoluciones dictadas con anterioridad y con posterioridad a la puesta en vigor del CCCN. La muestra se obtuvo en forma aleatoria de resoluciones publicadas en diversos medios especializados (gráficos y digitales). Sin dudas que los resultados no pueden generalizarse, habida cuenta de lo mínima de la muestra y que en general las sentencias que se publican son sólo aquellas que presentan una interpretación o aplicación novedosa del derecho, es decir, las destacadas. No obstante, nos permitirá acercarnos al objetivo: establecer la incidencia de la CDPD sobre el derecho argentino -en este caso en su aplicación, tal como hicimos sobre el texto normativo- en lo relativo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y responder al tercer interrogante, es decir, sobre la suficiencia del CCCN para viabilizar modificar las prácticas jurídicas.

1. Las resoluciones dictadas entre 2008 y 31 de julio de 2015

La ya referenciada tesis de maestría de la Dra. María Silvia Villaverde (2013) se llevó a cabo sobre una muestra que comprendió 62 sentencias publicadas en la Revista jurídica La

ley entre los años 2009 a 2012. De tal modo que tomamos parte de los datos obtenidos y sus conclusiones. Ese trabajo de investigación relevó que:

En 11 sentencias –17,74%– se invoca como fundamento normativo la CDPD-ONU; en 51 sentencias –82,26%– no se menciona el tratado, a pesar de que fue ratificado por Argentina en 2008 y de que las sentencias de la muestra corresponden a los años 2009, 2010, 2011 y 2012. De las 11 sentencias –17,74%– en las que se invoca como fundamento normativo la CDPD-ONU, solamente en 2 de ellas, lo que representa el 3,2% del total, se ha establecido el sistema de apoyo, configurándose una auténtica ruptura con el modelo médico. (p.153)

Al tiempo que concluyó que la aplicación de los principios y normativa convencional “se caracteriza por una recepción minoritaria y por la “resistencia” mayoritaria, que continúa aplicando la normativa del Código Civil.

Por otro lado, vemos necesario enfocarnos en el contenido de algunos pronunciamientos que constituyeron en su momento jurisprudencia destacada.

Tal el caso de la sentencia de autos “B. L. s/Inhabilitación” del Tribunal de Familia n°1 de Mar del Plata (Buenos Aires) dictada por la Dra. Ma. Graciela Iglesias (hoy Secretaria Ejecutiva del Órgano de Revisión Nacional creado por la Ley 26657) de fecha 6 de mayo de 2009; la de la causa “C.M.E. v. C. C. A. S/Insania” del Juzgado de Familia n°1 de Oberá (Misiones) dictada en fecha 23 de abril de 2012 y la dictada en autos “M.Y.M. s/Medida de apoyo” de fecha 1° de mayo de

2013 correspondiente a la Cámara de Familia de Mendoza (Mendoza).

En el análisis debe tenerse presente el contexto normativo y ubicación temporal de los mismos. En el primero, la CDPD llevaba apenas meses de ser ley de la Nación, en los dos restantes, los jueces contaron con la Ley 26657, los aportes doctrinarios y el Proyecto del Código Civil y Comercial como elementos sustanciales para fundar sus resoluciones.

En el fallo dictado en “B.L. s/Inhabilitación” se consideró especialmente “resolver en cuanto a la ley aplicable” sosteniendo que “Dentro de la construcción de la pirámide legal argentina, las convenciones internacionales ratificadas son ley suprema de la Nación (art. 31 CN)”. Con referencia explícita a la CDPD puntualmente al art. 12. Que la tutela efectiva del sujeto afectado “debe encontrar un andamiaje estructurado a partir de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la toma de decisiones...”. Sostuvo la magistrada que correspondía aplicar el control de constitucionalidad por cuanto el “derecho interno no puede contradecir los derechos reconocidos en una convención internacional”. Para luego de citar abundante normativa que hace a la globalización del derecho y al sistema internacional (soft y hard law) y resoluciones de tribunales internacionales, resolvió la inconstitucionalidad del art. 152 bis del Código Civil y dispuso un sistema de apoyo para la toma de decisiones del concernido y la revisión periódica de lo dispuesto.

En autos “C.M.E. v. C. C. A. S/Insania” el juez entendió aplicable al art.141 C. Civ. y la designación de curadora definitiva “a fin de resguardar sus intereses” pero encontró conflicto con normas de rango constitucional en la aplicación

del art. 152 ter en cuanto a su segundo párrafo el que interpretó como “caducidad” de la sentencia cuando dice “no podrán extenderse por más de tres (3) años...”. Reconoció la aplicación de los tratados internacionales “dado que desde 1994 forman parte del texto de la Carta Magna” y de

las normas supra nacionales que forman parte de nuestra legislación por aplicación del art. 75, inc.22. de la Carta Magna, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley 25280 y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad....

Entendió que la norma (art. 152 ter) tenía una “redacción oscura”, así en lugar de su armonización resolvió su inconstitucionalidad porque consideró que la caducidad ponía en situación de indefensión y de negación del acceso a la justicia a la persona con discapacidad, la que al cabo de tres años se encontraría sin la contención del “curador” y de la protección jurídica consecuencia de la declaración de incapacidad respecto de los actos jurídicos. Al mismo tiempo en sus consideraciones se destaca una conceptualización parcial de “discapacidad” según la CDPD, de la que solo transcribió el sustento biológico omitiendo toda referencia a las barreras. Lo loable, es la disposición de medidas de acción positivas conforme el art. 75 inc. 23 CN. tendiente a la promoción de la autonomía e inclusión de la interesada.

Los dos fallos anteriores corresponden a primera instancia, en cambio el tercero resulta de la revisión de la disposición del inferior que estableció como medida de apoyo la designación de representantes para la interesada Y.M.M., con facultades para

adoptar medidas relativas a la administración de los bienes sin poder hacerlo respecto de los de disposición sin autorización judicial previa. La intervención de la Sala corresponde a la revisión dispuesta por imperativo legal.

Del análisis de los autos -según manifestó la Alzada- el a quo se apartó de lo peticionado, es decir la declaración de incapacidad por aplicación del art. 141 C. Civ., pero sin rechazar la demanda dispuso medidas de protección invocando la CDPD. La Cámara resolvió revocar parcialmente la sentencia, disponiendo la incapacidad absoluta en los términos del art. 141, 152 ter y cc. del Código Civil, introduciendo la salvedad de que la curadora definitiva deberá desarrollar sus funciones tratando de “receptar en la medida de lo posible la opinión y preferencias de su representada, siempre que con ello no ponga en riesgo su integridad psicofísica y/o sus bienes”.

Para así disponer consideró:

carentes de sentido las expresiones utilizadas por la magistrada de grado, cuando manda a que su familia tenga en cuenta la opinión y preferencias de..., con las que, si bien cumple formalmente con las directivas del mentado art 12 de la CDPD, sabe que en la práctica resultan inviables.

Que si bien se cuida de utilizar:

términos como ‘incapaz’, ‘insana’ o ‘interdicta’..., comprensibles por las nuevas tendencias en la materia, las medidas que adopta en protección de la persona y el patrimonio de la discapacitada, producen los mismos efectos jurídicos y prácticos de la interdicción en cuanto a la curatela.

Expresó la Alzada que no comparte la interpretación que se hace de la CDPD en la materia de capacidad jurídica del Código Civil y leyes conexas. Que la LSM no derogó el art. 141 ni los efectos sobre los actos jurídicos, la nulidad de los actos llevados a cabo por los incapaces absolutos de hecho (art.54) ni la representación de los incapaces a todos los actos de la vida civil no exceptuados por el Código. Tampoco vio diferencia en el texto del por entonces Proyecto de unificación, con la aclaración de que la sentencia puede dejar a salvo aquellos actos que el concernido puede llevar a cabo válidamente. A tal punto no vio diferencia, que manifestó, no entender por qué los integrantes de la Comisión reformadora concedores de la CDPD no suprimieron la incapacidad.

En su entendimiento, la declaración de incapacidad de ejercicio funciona como una salvaguarda; así como el límite temporal de sus efectos y los controles de la revisión y responden ideológicamente a la CDPD.

De tal modo se concluye de los fallos considerados, previos a la vigencia del CCCN, el amplio reconocimiento de los tratados de derechos humanos -en particular la CDPD- y de la Constitución como fuente indubitable y plenamente operativa a la que debe ajustarse el derecho interno. En tiempos de convencionalización y constitucionalización del derecho común, se hizo indispensable la armonización en textos normativos domésticos, de manera de reordenar el caos. Esa necesidad se manifestó en la creciente utilización y no siempre justificada de la declaración de inconstitucionalidad, configurando una suerte de permanente “estado de sospecha de inconstitucionalidad”. En este estadio legislativo, el control de constitucionalidad convencionalidad se ubicó fundamentalmente en torno a los

conceptos de capacidad jurídica y su ejercicio y las funciones del curador contra las del apoyo contenidos en la CPDP y el Código Civil, utilizando el criterio de aplicación jerárquica de las normas con una hermenéutica afincada en el principio pro-persona (Henderson, 2004), más allá de sus resultados. También se destaca la necesidad de incorporación de los elementos constitutivos del paradigma sostenido por la Convención a fin de no caer en una mera sustitución terminológica.

2. Las resoluciones dictadas con posterioridad al 1° de agosto de 2015.

Con relación a este período se analizan dos resoluciones de tribunales superiores de provincia, sentencias de casación en procesos de determinación de la capacidad jurídica sometidos a control del superior por imperativo legal: los casos “V., B. Z. s. Proceso sobre capacidad” del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro del 10/12/2018 y “G. V. N. s. Restricciones a la capacidad” del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos de fecha 18/05/2020.

El proceso tramitado ante los tribunales de Río Negro llegó a instancias del máximo tribunal en virtud de recurso de casación interpuesto contra la resolución de la Cámara en lo Civil y Comercial de la Primera Circunscripción. La citada Cámara en la elevación para el mecanismo de control de la sentencia de primera instancia y fundándose en los informes técnicos consideró que había actos que el interesado podía desarrollar por sí con apoyo y otros en los que correspondía la designación de un curador para aquellos para los cuales se lo considera incapaz. Se resolvió creando un sistema doble: capacidad restringida para

algunos actos, incapacidad para otros, en contradicción con la normativa del CCCN.

Así, resumió el Superior Tribunal que:

El voto rector de la consulta, se explaya con citas doctrinarias relativas a la naturaleza de los apoyos previstos en el art. 43 del CCyC, todas ellas de incuestionable conocimiento jurídico y de claridad meridiana a la hora de comprender el nuevo paradigma fonal

a partir de ello:

interpreta que si el sujeto “no tiene aptitud para dirigir su persona y administrar sus bienes, mal puede recurrirse únicamente a la figura de apoyo”. Concluyendo que para tales actos necesita de alguien que lo sustituya y represente, agregando que en su convicción “no existen soluciones predeterminadas y que resulta necesario pensar en todas las alternativas posibles en camino a concretar la finalidad del legislador”.

De ello surge que la Cámara se adjudicó una función *creadora*, complementaria a lo dispuesto en el CCCN.

Dijo el Superior Tribunal que “corresponderá referenciarse en la fuente de fuentes, esto es; la Constitución”. Señala que la “Constitución ha dejado de ser un catálogo preambular o un programa político, para pasar a ser norma operativa y el CCyC en sus arts. 1 y 2 claramente establece”.

Por lo que “el ‘bloque de constitucionalidad federal’, como antes expresé, es la fuente de fuentes del CCyC”. Cita un precedente del mismo Tribunal y manifiesta que:

el Código establece las garantías necesarias que acompañan la plasmación de un criterio interdisciplinario de valoración de la capacidad jurídica. En ello ha ejercido influencia la CDPD y el modelo social de discapacidad, desde donde la definición de capacidad jurídica no se concentra exclusivamente en los atributos o limitaciones individuales de la persona, sino más bien en las barreras sociales, económicas y legales que la persona enfrenta a la hora de querer formular o ejecutar decisiones personales, y en el apoyo y los ajustes que requieren ser dados para facilitar la toma de decisiones.

Estimó el Superior que con el reconocimiento de la igualdad en materia de capacidad jurídica se cumple con los principios convencionales contenidos en el art.3 de la CDPD: “que no es otro que el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas”.

La determinación de la capacidad jurídica deberá adaptarse a lo normado por “arts. 32 y 38 del Código Civil y Comercial y al paradigma de derechos consagrados por la CDPD”. Advirtió el tribunal en la “necesidad de internalizar el paradigma”, lo que significa el reconocimiento de que ello no se ha logrado.

Luego, concluyó que:

no puede entenderse que una misma persona, considerada capaz de ejercicio (tanto así que posee capacidad para estar en el proceso -art. 36 CCyC-), a la que se limita dicha capacidad solo para algunos actos, sea considerada a la misma vez incapaz. Pues ello **desinterpreta la CDPD (art. 12), la Observación n°1 del Comité sobre Derechos de las Personas con**

Discapacidad, la Ley 26.657 (ley específica) y la normativa fonal (art. 32)". (el resaltado nos pertenece).

Finalmente, el Superior Tribunal revocó el fallo de la Alzada, en cuanto modifica lo resuelto por el inferior.

Por su parte, el proceso seleccionado tramitado ante la justicia entrerriana, "G. V. N. S/ Restricciones a la capacidad" también llega al Superior Tribunal en casación por recurso de inaplicabilidad de la ley, respecto de la resolución dictada por la Sala Primera Civil y Comercial de la Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú. La Cámara (por mayoría, el voto en minoría sostuvo que la decisión del inferior debía confirmarse) revocó el fallo del inferior y sostuvo que la situación "en el caso era de aplicación el supuesto de excepción contenido en el último párrafo del art. 32 del CCC".

Sostiene el Superior que:

la coloca ante una visión descalificadora de la discapacidad teniendo en cuenta el modelo actual social y legal amparado por normas supranacionales (art. 12 de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad, Ley de Salud Mental y art. 32 del CCC" y que el "nuevo modelo social implica que no se debe privar a la persona de su autonomía personal y la posibilidad de actuar por sí misma, pues el punto de partida es la plena capacidad (art. 12 CDPD y arts. 23, 31 inc. a y 43 del CCC").

Aclaró que:

El nuevo modelo social de la discapacidad dejó en el pasado la vieja concepción médica velezana ideada en base a un arquetipo sustitutivo de la voluntad; hoy, se

impone dar vigencia a un sistema de apoyos en la adopción de decisiones.

De la reseña de las constancias de autos surge que la interesada se comunica con el entorno; que, entre otras tareas, desarrolla actividades recreativas, asiste a talleres, mira televisión, realiza compras menores bajo expresas indicaciones, etc. Por ello lo resuelto por la Cámara resulta arbitrario y desajustado al derecho citado, tanto el de fuente convencional-constitucional como la ley especial Ley 26657 y el CCCN. Por ello el Superior revocó el resolutorio de Cámara confirmando el del inferior.

El análisis de estos fallos debe desdoblarse en: primero, la interpretación de las normas que hacen las Cámaras y luego, la de los Superiores.

En ambos casos en casación, las Cámaras revocaron los decisorios de los tribunales inferiores haciendo una interpretación que da cuenta de la dificultad de desprenderse del modelo de sustitución en la toma de decisiones; pero que - paradójicamente- a su entender era creativo y respondía a los principios que la CDPD ha dado al derecho interno: refieren a su particular y propia construcción del criterio protectorio de la persona humana. Queda al descubierto que las Cámaras no tienen en claro que el objetivo de la CDPD es la promoción y resguardo de la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad y que a ella se refiere la ley doméstica cuando expresa que las restricciones “se imponen siempre en beneficio de la persona”.

Por otro lado, se evidencia -tal como lo destacó el Superior Tribunal de Río Negro- que es necesario internalizar el paradigma, ello es así porque ambas Cámaras han soslayado el

peso de la invocación a la protección, asistencia y promoción de la autonomía sostenida en el articulado del Capítulo 2 del CCCN.

La aplicación que del derecho hizo la sentencia de la Cámara de Gualeguaychú corresponde a la materialización del riesgo de la “pendiente resbaladiza” que propicia el art. 32, de acuerdo con lo expuesto más arriba.

En cuanto a las consideraciones que efectuaron los Tribunales Superiores es de destacar el reconocimiento de la *operatividad del bloque constitucional* al que reconocen el carácter de “*fuerza de fuentes*” del CCCN.

Tal afirmación es indudablemente acertada, pero opera de manera tal que da por hecho que el CCCN es el fiel reflejo del bloque constitucional, así dijo el Superior rionegrino “la determinación de capacidad debe adaptarse a los arts. 32 a 38 CCC y paradigma de la CDPD”. Vale decir, los arts. 32 a 38 responden al paradigma de la Convención.

Ambas resoluciones hicieron referencia a la Convención y también la Modelo Social, al que llamativamente el Superior entrerriano calificó de “*novísimo*”. Según se describió someramente, el movimiento que corresponde al “modelo social” data de los años 70’ de modo que no parece aplicable tal calificativo. La expresión puede obedecer a lo nuevo de la incorporación del modelo como orientador del derecho común argentino o bien a la trivialización de su utilización en los discursos, tal como lo pone de manifiesto Carolina Ferrante (2019), a la que el discurso jurídico no es ajeno.

A partir de la sanción del CCCN las sentencias se alinean tras la idea de congruencia de este a las normas convencionales. Ya no hay sospecha de inconstitucionalidad en la ley doméstica, la

mirada se dirige a confirmar que las decisiones se ajusten al CCCN y ello es suficiente garantía del cumplimiento del control de constitucionalidad-convencionalidad.

V. *Conclusión*

La conceptualización de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a partir del entendimiento concordante con la CDPD y la labor interpretativa autorizada emanada del Comité mediante la Observación General n°1, nos permite una mirada crítica a la recepción en el derecho común, sea la ley especial n° 26657 del año 2010 como de la más reciente recodificación de 2014.

A partir de ello, sostener que no está todo dicho en un tema tan controvertido como el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por lo que afirmar sin más que al aplicar el actual derecho interno es respetar las normas superiores puede dar lugar a un razonamiento falaz.

De hecho, la consideración de una pequeñísima muestra jurisprudencial nos permitió corroborar, por un lado, la necesidad de receptar en el derecho interno los nuevos vientos provenientes de la humanización. Momentos aquellos donde todo el derecho común, especialmente los relativos a la persona humana, era sospechoso de inconstitucionalidad, desembocó en una andanada de declaraciones de inconstitucionalidad no siempre razonable y justificada.

Contrariamente, a partir de la sanción y aplicación del CCCN con su propuesta armonizadora, el derecho doméstico se hizo acreedor de una presunción de constitucionalidad y convencionalidad hasta el momento no cuestionada

jurisprudencialmente; no obstante, algunas observaciones doctrinarias.

De tal manera, las referencias a la fuente convencional sugieren su presencia como parte de un discurso de fuerte impacto como es el de los derechos humanos y no como un verdadero ejercicio de control de convencionalidad. Los fallos puestos en consideración en definitiva evalúan las resoluciones a la luz de lo normado por el CCCN, y sostienen acriticamente que de tal manera se respeta el nuevo paradigma convencional.

No cabe ninguna duda de los avances que han significado, tanto la Ley 26657 como el CCCN. Al mismo tiempo, encontramos que los disimiles y a veces poco afortunados resultados de su puesta en práctica obedece -como lo advirtieron alguno de los fallos citados- a la falta de internalización del paradigma y la utilización de un discurso en forma mecánica y a la estructura de la nueva codificación que ha dificultado despegarse del viejo sistema del código velezano.

De allí, que la incidencia de la CDPD en el derecho argentino ha sido notable pero no tanto como parece emerger de los discursos.

Nuestra codificación fue pionera y ello también tiene sus costos. Como dijo el poeta caminante no hay camino, se hace camino al andar. Siendo muy difícil una modificación estructural, es deseable y esperable que el tiempo traiga una puesta en práctica con un dialogo de fuentes. Esperamos que este ensayo promueva una lectura crítica de las normas, dejando de lado el conformismo de considerar armonizado el sistema normativo por el simple hecho de la aplicación del CCCN.

Bibliografía

- Almeida, Ma. E. y Angelino, Ma. A. (2010). Nuevas retóricas para prácticas viejas. Repensando la idea de diversidad y su uso en la comprensión y abordaje de la discapacidad, *Rev. Política y Sociedad*, Vol. 47 Núm. 1, 27-44.
- Asís Roig de, R. (2009). Sobre la capacidad, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, Proyecto HURI-AGE, *Papeles en el tiempo de los derechos* n°4. [https://researchgate.net/publicación/43327654_Sobre la_capacidad](https://researchgate.net/publicación/43327654_Sobre_la_capacidad).
- Bazán, V. (2003). *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Ed. Astrea.
- Benavides López, A. (2013). *Modelos de la capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del art. 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*. Universidad Carlos III, Madrid. <https://hdl.handle.net/10016/18264>
- Cámara de Familia de Mendoza, (13/05/2013), “M. Y. M. s/Medida de apoyo”, publicado en MJ-JU-M.78851-AR| MJJ78851 | MJJ78851.
- Cámara Nac. Civil, Sala C (12/08/1985). V.J.L. ED.116-127.
- Comité CDPD, Observación General n°2 (2014). Disponible en www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd.
- Fernández, S. (2020) “Salud Mental y Capacidad. La Capacidad jurídica de las personas con discapacidad a la luz de los derechos humanos”. En Kraut, Alfredo - *Derecho y Salud Mental. Una mirada interdisciplinaria*, T. I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 459-515.

- Ferrante, C. (2019) “En memoria de Mike Oliver. Un legado sociológico vivo para los estudios críticos latinoamericanos en discapacidad”, *Rev. Sapiens Research*, Vol. 9(2) 80-90.
<https://www.srg.com.co/bcsr/index.php/bcsr>
- Ferrante, C. (2020). “La discapacidad como estigma: una mirada social deshumanizante. Una lectura de su incorporación temprana en los Disability Studies y su vigencia actual para América Latina, *Revista Pasajes*, núm. 10, 1-26.
- Henderson, H. (2004). Los tratados de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro homine, *Rev. IIDH*, vol. 39, 71-99.
- Juzgado de Familia.n°1, Oberá (02/04/2012). C.M.E. v. C.C.A. s/Insania”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia n°2013-IV, Ed. Abeledo Perrot, 200-211.
- Lorenzetti, R. (director) (2014). *Código Civil y Comercial Comentado*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. (1995). *Las normas fundamentales del derecho privado*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Martinez Pujalte, A. L. (2017). Capacidad jurídica y apoyo en la toma de decisiones. Enseñanzas de las recientes reformas legislativas en Argentina e Irlanda. *Rev. Derechos y libertades*, Número 37, Época II, 167-192.
<http://DOI: 10.14679/1051>
- Martínez, M. J. (2017). Procesos de determinación de la capacidad jurídica. Trastornos psicóticos y competencia para votar. *Rev. De la Facultad de Ciencias Médicas*; 75(1), .52-61. DOI:10.31053/1853-0605.v75. n1.16494

- Mosset Iturraspe, J. (2011). *Derecho civil constitucional*, Ed. Rubinzal Culzoni.
- Murúa, F. (2020). *El derecho a decidir: Apoyos, medidas anticipadas y salvaguardas*. Disponible en www.cels.org.ar
- Olmo, J. P. y Martínez Alcorta J. A. (2011). “Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Medidas de apoyo y salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino. *Rev. Derecho de Familia*, Ed. Abeledo Perrot, 35-50.
- ONU (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible en www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crpd.
- Palacios, A. (2008) *Modelo Social de la Discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*. Colección Cermi.es n°36 (1° edic.). Ediciones Cinca, Madrid.
- Quinn G. y Degener, T. (2002). *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Naciones Unidas Nueva York y Ginebra 2002. HR/PUB/02/1. ISBN 92-1-354074-4.
- Sagües N. (2016). *La Constitución bajo tensión*, Colección Constitución y Derechos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>

Sousa Santos, B. de (2002). Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos. *Rev. El otro derecho*, N°28, ILSA Bogota, Colombia, 59-83.

Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos (18/05/2020). “G.V.N.s/Restricciones a la capacidad”, publicado en www.rubinzalonline.com.ar, cita: RC J 5641/20.

Superior Tribunal de Justicia de Rio Negro (10/12/2018). “V., B.Z. s/Proceso sobre capacidad”, publicado en www.rubinzalonline.com.ar, cita: RC J 5641/19.

Tribunal de Flia.n°1 Mar del Plata (06/05/2009). “B.,L. s/Inhabilitación”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia* n°2010-1, Ed. Abeledo Perrot, 90-98.

Villaverde, Ma. S. (2013). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, Mental e Intelectual. Sobre el poder de decir y decidir*, (Tesis de Maestría sobre Metodología de la Investigación, Universidad de Lanús. Disponible en www.villaverde.com.ar

**LA MUTACIÓN DEL SOCIALISMO VENEZOLANO:
ANÁLISIS DE LA LEY ANTIBLOQUEO Y LEY DE
ZONAS ECONÓMICAS ESPECIALES**

**THE MUTATION OF VENEZUELAN SOCIALISM:
ANALYSIS OF THE ANTI-BLOCKADE LAW AND LAW
OF SPECIAL ECONOMIC ZONES**

Leonardo Favio Osorio Bohorquez¹

Universidad del Zulia

Recibido: 04/10/2022 - Aceptado: 10/02/2023

Resumen: Actualmente el chavismo en Venezuela ha entrado en una nueva etapa donde busca la consolidación definitiva de su modelo de gobierno. Por eso ha flexibilizado los controles económicos para intentar aliviar un poco la crítica situación del país, eso sin dejar de lado el control político. Por consiguiente ha optado por promulgar una ley Antibloqueo (2020) y otra ley de Zonas Económicas Especiales (2022) para tratar de otorgar privilegios a ciertos sectores con el fin de promover la inversión privada. Los vínculos políticos son fundamentales para lograr tales beneficios. El objetivo de este trabajo es entonces analizar la propuesta de ley antibloqueo y de Zonas económicas especiales propuesta por el gobierno. Fue utilizado el método de análisis y síntesis documental. Se concluye que si bien esas leyes otorgan beneficios fiscales y administrativos, y abren la puerta a nuevas privatizaciones e inversiones, el Estado sigue

¹ leonardofavio87@gmail.com. Responsable del proyecto de Investigación titulado: Poder, negocios y rivalidades locales en el proceso de consolidación del Estado en Venezuela (Siglos XIX-XX), que forma parte del programa de investigación: El ciudadano construye su historia: Reconstrucción del imaginario, uso del espacio, procesos y socioeconómicos y políticos (Siglos XIX-XXI), Financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de la Universidad del Zulia (CONDES).

teniendo una intervención importante y no abandona la planificación centralizada de la economía.

Palabras clave: Ley antibloqueo, ley Zonas económicas especiales, control político, socialismo del siglo XXI, chavismo.

Abstract: Currently chavism in Venezuela has entered a new stage where it seeks the definitive consolidation of its government model. For this reason, it has made economic controls more flexible to try to alleviate the country's critical situation a little, without neglecting political control. Consequently, it has chosen to promulgate an Anti-Blockade Law (2020) and another Law on Special Economic Zones (2022) to try to grant privileges to certain sectors in order to promote private investment. Political ties are essential to achieve such benefits. The objective of this work is then to analyze the proposed anti-blockade law and Special Economic Zones law proposed by the government. The documentary analysis and synthesis method was used. It is concluded that although these laws grant fiscal and administrative benefits, and open the door to new privatizations and investments, the State continues to have an important intervention and does not abandon the centralized planning of the economy.

Keywords: Anti-blockade law, Special Economic Zones law, political control, 21st century socialism, chavism.

I. Introducción

La economía venezolana se encuentra en recesión desde el 2014, con un alto grado de empobrecimiento para la población y quiebre del aparato productivo. El gobierno se ha encargado con sus políticas a lo largo de los años, de afectar la empresa privada por medio de múltiples medidas, entre ellas la planificación centralizada recogida en los Planes de la Patria.

Se ha basado en un ordenamiento jurídico que le permite al Estado amplias potestades para intervenir en la economía con la finalidad de asegurar en teoría el bienestar de la población. De acuerdo a una lógica colectivista, se condenaba el interés individual, la empresa privada y el capitalismo en general por ser contrario a la idea de justicia social planteada desde el socialismo.

Toda esa retórica fue manejada y puesta en práctica a lo largo de los años con las consecuencias previsibles sobre la economía, y ha permitido la consolidación del totalitarismo en Venezuela. Un Estado que busca controlar todos los medios de subsistencia, donde lo público y lo privado se diluye en aras de un proyecto de dominación que busca anular la libertad individual.

Históricamente los socialismos de tipo marxista para subsistir, necesitan hacer periódicamente ciertos ajustes para intentar oxigenar la situación y dar respiro a la población. La Nueva Política Económica en el caso de Lenin es un ejemplo claro de esos intentos por hacer ligeras reformas.

El socialismo en Venezuela está hoy bastante consolidado, el chavismo requiere avanzar a una nueva etapa para intentar oxigenar un poco la economía y dar mayores beneficios a sus aliados internos y externos. De esa manera la ley antibloqueo (2020) y la ley de Zonas económicas especiales (2022) tienen el propósito de realizar algunas privatizaciones y permitir al

Estado hacer acuerdos económicos con poca transparencia con sectores privados.

Es un cambio parcial con respecto a la radical política estatizadora de los últimos años, donde hubo expropiaciones masivas a empresas privadas, muchas que no fueron ni siquiera indemnizadas por lo cual fueron confiscaciones (Abadi y García, 2019). Esto no quiere decir que el chavismo va a mutar hacia un sistema de libre mercado, que como expresa Huerta de Soto (2001), es imposible de llevar a cabo por medio de un sistema de coacción institucional como lo es el socialismo.

Lo que sí es posible, es flexibilizar sus políticas hacia un socialismo de tipo mercantilista que solo otorga privilegios a algunos sectores privados aliados del gobierno, en un escenario donde las elites tradicionales fueron desplazadas y ahora es posible dar mayores libertades a un sector hegemónico con vínculos con el poder político.

Nuevamente las leyes se modifican según las necesidades e intereses de la cúpula en el poder. En ese sentido, el objetivo de este trabajo es analizar los cambios en la economía venezolana, a partir de la ley antibloqueo (2020), y la ley de Zonas económicas especiales (2022), que muestran una mayor flexibilización y relajación de los controles del Estado, a partir de la crisis del modelo socialista. Se trata de una lógica pragmática de tratar de hacer frente a las sanciones internacionales aplicadas al gobierno venezolano por la violación sistemática a los derechos humanos.

Se recurre a la metodología histórica, con base en el análisis y síntesis de las leyes en función de explicar las dinámicas de cambios que se expresan dentro del contexto de la crisis económica venezolana, en la que el gobierno intenta ahora

establecer una serie de incentivos para atraer inversión privada al país.

II. El socialismo del siglo XXI en Venezuela: La debacle de la economía

Ninguna economía que no haya pasado por un desastre natural o un estado de guerra, había tenido una recesión económica como le ha sucedido a Venezuela en los últimos años, de esa forma ha habido un colapso macroeconómico solo comparable con economías africanas que han vivido grandes desequilibrios macroeconómicos o conflictos bélicos (Puente y Rodríguez, 2020)

Ello prueba la capacidad de empobrecimiento que es capaz de crear el modelo socialista marxista a las naciones donde se aplica. Eso es indiferentemente de los recursos naturales con los cuales cuente una nación o el nivel de prosperidad que haya podido alcanzar. Parte de su éxito consiste en la subestimación del impacto que puede provocar la planificación central de la economía.

Las ideas socialistas han intentado renovarse, de esa manera Heinz Dieterich Steffan (2008), acuñó el término de socialismo del siglo XXI, plantea que se basa en cuatro puntos esenciales: la democracia participativa, la economía democráticamente planificada de equivalencias, el Estado no-clasista y, como consecuencia, el ciudadano racional-ético-estético.

El chavismo basó su proyecto de país parcialmente en esos ideales, pero no se ha consolidado un modelo democrático, pese a lo planteado desde la teoría. Sin embargo, autores como Rodríguez (2010), y Puentes (2009), ven el socialismo del siglo XXI como un proyecto liberador, que constituye una alternativa

a la democracia burguesa y ayuda a una mejor repartición de la riqueza.

En la práctica el socialismo del siglo XXI en Venezuela aplicó formas arcaicas de planificación económica, esto se ve expresado en los Planes de la Patria (2007), en donde

Se busca crear un nuevo modelo de producción, donde la principal visión sea la colectivización de los medios de producción, como la necesidad de que las empresas estén en manos de un gobierno socialista, separándolas del capitalismo, la explotación y la concentración del poder en manos privadas (Proyecto Nacional Simón Bolívar, 2007).

Bajo esa premisa, que se mantiene en el segundo Plan de la Patria (2013), es el Estado quien se encarga de redistribuir la riqueza y concentrar el control de los recursos, en aras de alcanzar los ideales de justicia e igualdad social. Sin embargo, y al igual que los socialismos reales, también degeneró en un sistema totalitario. Al respecto, autores como Segal, (2013), y Albuja (2016), ven elementos totalitarios en el chavismo por los progresivos controles y limitantes a la libertad

Asimismo, Buttó (2018) explica que la construcción de un sistema totalitario es inevitable bajo los gobiernos que han intentado construir el socialismo donde la estructura económica es organizada con base en los supuestos marxistas, el sistema político resultante conduce, de manera irremediable, a la generación de sistemas autoritarios o totalitarios.

El socialismo del siglo XXI tiene pocas diferencias con los socialismos reales, solo en la forma, pero

Al final la coartada del Socialismo del Siglo XXI, no es diferente al sueño de Marx de anular la propiedad privada, no se defiende el patrimonialismo sólo porque es estatización de la economía, sino porque es vital su irradiación de poder tanto económico como social, la pérdida de libertades y derechos modernos por los individuos (Pereira y Quiñones, 2016: 82).

Aunque intenta ser novedoso, continúa siendo un modelo anti-mercado inviable para generar prosperidad. Al final se ha ido progresivamente eliminando toda forma de libertad política y económica. El modelo socialista entra en crisis por medidas de planificación centralizada, por consiguiente, Bello, Romero y Fajardo (2018), explican como el socialismo implementado en Venezuela se caracterizó por un intento casi inmediato del control sobre la producción nacional, lo cual generó un efecto negativo a raíz de la estatización de sus medios productivos, ya que esto desalentó la producción interna a raíz de políticas comerciales proteccionistas, tasas de cambio fijas y grandes medidas arancelarias.

El chavismo en teoría toma esas medidas para fortalecer la producción interna, aunque constantemente aumentaba las importaciones. La justificación para emprender las expropiaciones era asegurar el dominio del Estado sobre aquellas áreas consideradas estratégicas para el desarrollo nacional como se establece en los planes de la patria (2013), sin embargo, todo ello provocó una desindustrialización paulatina (Miranda, 2017).

El fin era hacer que el sector público tuviera el porcentaje mayoritario sobre los negocios del país, para lograrlo se llevó a cabo una política masiva de expropiaciones a lo largo de los años (Abadi y García, 2019). El peso de la economía debía estar en el sector público, volver al gobierno el principal empleador del país con base en un proyecto de corte socialista.

El chavismo no representaba ninguna novedad en ese sentido, requerían el dominio sobre áreas estratégicas para asegurar fuentes de ingresos, pero con un fin de control sobre la sociedad. Los resultados de esas expropiaciones fueron que la economía venezolana vio reducida su capacidad de producción e inversión, es así como

esta ola expropiatoria ha aumentado la concentración del poder económico del Estado, en medio de un cuadro en el cual el sector público ha demostrado una enorme incompetencia para mejorar el funcionamiento de las empresas que expropia, embarga o, simplemente, confisca (Sánchez, 2017: 270).

Según Transparencia Venezuela (2018), las consecuencias de esas medidas expropiatorias son las siguientes:

El estudio arrojó que la mayoría de esas EPE tiene resultados operativos negativos. No cubren las necesidades de los ciudadanos y no contribuyen con el pago de impuestos o regalías a la tesorería nacional. Por el contrario, de las 160 empresas analizadas en los cuatro sectores, 74,4% tiene denuncias

públicas por corrupción o malas prácticas (mala gestión, caída de la producción, conflictos laborales).

Los principales ganadores y beneficiarios de esas expropiaciones han sido los militares y directivos de esas empresas estatales (Trasparencia Venezuela, 2018). Las empresas expropiadas pasaron en su mayoría a ser administradas por el Ministerio de Defensa, y terminaron siendo una forma de control sobre la sociedad (Trasparencia Venezuela, 2020).

Repartir beneficios por medio de políticas clientelistas, insostenibles en el tiempo, fue uno de los objetivos, como explica Alfaro, Álvarez y Fong (2019),

El ambiente de negocios en Venezuela se ha deteriorado e introduce incertidumbre por las expropiaciones, censuras a la libertad de asociación y despilfarro de recursos que utiliza el régimen chavista para concentrar el poder a través del populismo y el clientelismo.

En su momento el chavismo logra tener altos índices de popularidad por medio de políticas de asistencialismo social, del cual iba a depender cada vez más la sociedad venezolana para subsistir. Las largas colas y la escasez de bienes regulados o subsidiados fue algo muy común. Hubo una política sistemática de empobrecimiento a la población.

Sobre ese punto, en el informe publicado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, Michel Bachelet (2019), se muestra como la población se ha vuelto altamente dependiente de las políticas sociales para cubrir sus necesidades

elementales, y “Conforme se agudizaba la crisis económica, las autoridades empezaron a utilizar los programas sociales de forma discriminatoria, por motivos políticos, y como instrumento de control social “.

La asignación de beneficios es usado como forma de control social, de esa manera señala Luis España: “Para el caso de los programas de protección social la preocupación del Gobierno pasa por el rédito político de ellos” (España, 2020: 241). Entre más pobreza exista en el país mayor es la dependencia del ciudadano hacia las políticas sociales del gobierno.

Las medidas de corte estatista crearon distorsiones para la economía venezolana. El Banco Central de Venezuela publicó cifras oficiales en mayo de 2019, luego de tres años de silencio. Los datos oficiales indican que el PIB bajó 47,1 % entre el III Trimestre de 2015 y el III Trimestre del año 2018 (BCV, 2019). El estudio de Encovi (2020) publica unos datos alarmantes sobre la economía del país, más allá de ver las cifras macroeconómicas, en la cual muestra que el 96% de las familias sufren de pobreza de ingreso, y 79,3% no puede costear la canasta alimentaria.

Es así como hay un colapso del modelo económico aplicado, que condujeron al empobrecimiento. Las libertades económicas desde el comienzo del chavismo fueron fuertemente intervenidas por el Estado al momento de ejercer una industria lícita. Todo eso hacía inviable las inversiones en el país (Laise y Gustavo, 2021). Las consecuencias de esas políticas reflejan:

...el agotamiento de un modelo de desarrollo basado en la inyección de petrodólares en la economía. Junto a ello, constituye un ejemplo de

crecimiento basado en los incrementos del gasto público, gracias a los coyunturalmente altos precios del petróleo, a la alta tasa de endeudamiento, el déficit del Fondo de Estabilización Macroeconómica y al aumento del consumo, que no estaba respaldado por una mayor producción bienes y servicios e inversión privada. En esencia, una política económica muy inconsistente, que incrementó el control del gobierno en la economía y, en general, la implementación de un modelo de desarrollo que rechazó completamente la iniciativa privada y llevó a la economía venezolana al colapso macroeconómico (Puente y Rodríguez, 2020: 71).

La crisis es debido a políticas equivocadas tomadas a lo largo de los años, donde el Estado intenta reemplazar al sector privado como abastecedor de bienes y servicios. La escasez y la debacle fue la consecuencia, debido fundamentalmente a la aplicación del socialismo del siglo XXI. De esa manera la crisis es producto de las políticas que sirven de base para entender los problemas de Venezuela en la actualidad, gracias a unas medidas intervencionistas que restringían la participación de empresas privadas en el ámbito industrial y productivo del país...(Pardo, 2019).

Hay autores que si bien apuntan al fracaso del socialismo del siglo XXI en Venezuela, mencionan que se debe a una desviación de los principios de ese modelo (Scocozza y Colucciello, 2019). Desde la perspectiva del pensamiento liberal, el socialismo nunca logra la prosperidad que promete, al respecto Von Mises (1968) ya había explicado que el socialismo

no puede funcionar por la imposibilidad del cálculo económico.

Con base en argumentos liberales se establece como:

De acuerdo con la Escuela Austríaca, la crisis económica en Venezuela es consecuencia de un modelo económico basado en la planificación central. La emisión monetaria descontrolada por parte del banco central genera un proceso inflacionario que se agrava con los controles de precios sobre los bienes de consumo y el dólar. La dolarización de la economía permitiría revertir la inflación pero son necesarias muchas reformas de liberalización para superar la crisis actual (Echarte, Martínez y Zambrano, 2018).

Otros autores como Ellner (2019), atribuyen el peso de la crisis a las sanciones internacionales que buscaron dañar desde el comienzo la economía venezolana. Sin embargo, el mismo giro que ha tomado el gobierno recientemente en política económica, muestra un reconocimiento implícito de dejar de lado de forma parcial las políticas de controles y expropiaciones que alejaron la inversión en el país.

Desde hace algunos años el modelo económico era insostenible debido a la incapacidad de mitigar su dependencia del petróleo, lo que hace inviable el gasto social (Hernández y Pérez, 2017). No obstante, esa es una forma parcial de analizar el problema, ya que el dilema principal ha sido el ataque sistemático a la propiedad privada, que ha hecho retroceder la misma producción petrolera.

El gobierno avanza tímidamente en algunas reformas lo cual se expresa en las dos leyes que se analizan en este artículo. Se busca una mediana normalización en medio del caos. Por tal razón, es necesario modificar la política interna y flexibilizar la planificación centralizada aplicada por el gobierno a lo largo de los años.

Eso implica flexibilizar el control de precios y de cambio, con una dolarización de facto, así como disminuir la persecución de las empresas. Esto permitió oxigenar un poco a los comercios y empresas, aunque también ha habido un aumento de la informalidad. En el 2021 se especula que Venezuela logró un ligero crecimiento económico (La voz de América, 2021). En ese escenario, aunque sin abandonar sus aspiraciones de control político, aprueban la ley antibloqueo.

III. La ley antibloqueo y los cambios en la economía venezolana

La pandemia causó graves daños a la economía venezolana, vino a empeorar la situación, sobre todo para aquellos que viven del día a día a través de comercios informales. El confinamiento aplicado por el chavismo ha sido muy intenso, con semanas de flexibilización. No es sino hasta noviembre del 2021 que abrieron algunos vuelos internacionales. La escasez de combustible y la falla de diversos servicios públicos se han acrecentado. Contantemente los ciudadanos del país muestran el descontento por la situación y denuncian las fallas (CEDICE a, 2021).

El gobierno continua con sus políticas de control social, con la aplicación de medidas dirigidas a la consolidación del poder. Confinar a la población le ha ayudado entonces a evitar la movilización ciudadana. El chavismo avanza en su proyecto, de

esa manera se ha propuesto entonces dictaminar la ley antibloqueo, para intentar avanzar en una nueva etapa. Como objetivo primordial plantea la nueva ley:

Esta Ley Constitucional tiene por objeto establecer un marco normativo especial y temporal que provea al Poder Público venezolano de herramientas jurídicas para contrarrestar, mitigar y reducir, de manera efectiva, urgente y necesaria, los efectos nocivos generados por la imposición, contra la República Bolivariana de Venezuela y su población, de medidas coercitivas unilaterales y otras medidas restrictivas o punitivas, emanadas o dictadas por otro Estado o grupo de Estados, o por actos u omisiones derivadas de éstos, por organizaciones internacionales u otros entes públicos o privados foráneos, que afectan los derechos humanos del pueblo venezolano, implican atentados contra el Derecho Internacional y, en su conjunto, constituyen crímenes de lesa humanidad (Ley antibloqueo, 2020: artículo 1).

La finalidad está claramente establecida, es hacer frente a lo que el chavismo denomina un bloqueo internacional que agrava la situación económica del país. Pero realmente la crisis humanitaria es debido a las políticas económicas aplicadas a lo largo de los años. Montenegro explica al respecto como

El proceso de declive en la economía de Venezuela se dio mucho antes de la

imposición de las sanciones y se generó en gran parte por la intervención del Estado en el mercado, los controles sobre la producción, los cambios en la regulación entorno a la actividad petrolera y la regulación del sistema financiero (Montenegro, 2021: 127).

Todas esas medidas se tomaron desde el comienzo de la administración de Chávez. Varios autores han analizado el colapso económico del país, entre ellos Puente y Rodríguez, (2020), Laise, y Gustavo, (2021), Echarte, Martínez y Zambrano, (2018), quienes coinciden en establecer que la crisis ha sido consecuencia de políticas desacertadas aplicadas a lo largo de los años, que no dan ningún tipo de garantía para la inversión y el respeto a la propiedad.

A pesar de esa realidad, el discurso oficial está dirigido a buscar un enemigo externo e interno del cual culpar de la crisis. La falla nunca será del sistema, sino del imperialismo y sus aliados. Es lo que Hayek (2010) denomina como la fatal arrogancia. La retórica de la guerra económica va en esa misma dirección, plantear que la escasez e inflación es responsabilidad de los empresarios.

La ley antibloqueo mantiene entonces la misma línea argumentativa por la cual se sostiene el estado de excepción y el decreto de emergencia económica, sin novedades al respecto. Le da amplias potestades al Estado para tomar toda una serie de medidas de forma unilateral. Se plantea además que es una “ley constitucional y deben ser aplicada en todas las ramas del Poder Público en sus ámbitos nacional, estatal y municipal, atendiendo a la distribución de competencias” (Ley antibloqueo, 2020: artículo 2).

No es objeto de este trabajo entrar en vericuetos legales sobre una ley que muestra algunas posibles contradicciones, que son reconocidas cuando se plantea que “de haber con arreglo a la distribución de competencias dispuesta en la Constitución dudas en la interpretación de esta Ley Constitucional se adoptará la que más favorezca la protección de los derechos humanos del pueblo venezolano” (Ley antibloqueo, 2020: artículo 2).

De esa manera el gobierno siempre tomará la decisión final más allá de lo planteado en la constitución nacional de acuerdo a lo establecido en la Ley Antibloqueo, lo cual no permite la debida separación de poderes y puede dar lugar a toda clase de abusos. De acuerdo al World World Justice Project (2021), Venezuela ocupa el último lugar en lo referido al Estado de derecho.

No hay garantías en el cumplimiento de las leyes y derechos ciudadanos. A pesar de esa realidad, la ley establece tres objetivos generales, los dos primeros haciendo mención a la protección de derechos humanos y el resguardo de la autodeterminación de los pueblos. El que tiene que ver con la economía señala que se busca:

Favorecer un desarrollo armónico de la economía nacional orientado a generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, en los términos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Ley antibloqueo, 2020: artículo 3).

En teoría se plantea la concordancia con los objetivos plasmados en la constitución de 1999, con la misma retórica de

promover la soberanía nacional y el desarrollo armónico del país, pero que como se explicó antes, es el gobierno quien toma las decisiones de acuerdo a la interpretación más conveniente. La ley busca en teoría enfrentar una agresión de un conjunto de países que están en contra de Venezuela.

Mantener el discurso de la soberanía lo usa el chavismo en un sentido político y económico, primero en ser capaces de superar la crisis y reactivar el aparato productivo interno, y en segundo lugar para conservar la autonomía del gobierno en la toma de decisiones sobre los asuntos internos. Eso sin mencionar la injerencia de países aliados como Cuba y Rusia con importante presencia en las instituciones del Estado.

Al respecto, el Instituto CASLA (2019), publica un informe en el cual señala que “Los cubanos están en varios de estos centros de torturas clandestinos, usados para torturar a los presos políticos venezolanos”, esto se lleva a cabo por diferentes organismos de inteligencia venezolana.

Los rusos por su parte se han vuelto aliados del gobierno en cuanto a cooperación militar, y para hacer negocios en medio de las sanciones, por ello, al ser “presionado económicamente desde el exterior, la opción de realizar actividades comerciales, financieras y de inversión con la potencia euroasiática revela una alternativa para la supervivencia de la Revolución Bolivariana” (Romero, 2021, 256). Aunque esa situación puede cambiar con la reciente guerra en Ucrania y las expectativa de una flexibilización de las sanciones internacionales hacia el chavismo, que tiene capacidad de exportar petróleo y gas en un contexto de crisis internacional.

En medio de ese complejo escenario, el gobierno acusa de injerencia a todas aquellas organizaciones como la OEA, la Unión Europea, el Grupo de Lima, y por supuesto

principalmente a Estados Unidos de América. Las sanciones han afectado de manera personal a muchos dirigentes políticos, pero les ayuda a mantener su discurso de defensa de la patria. Si bien es cierto que las sanciones han agravado los problemas, “la situación política, económica y social de Venezuela antes de ser impuestas las sanciones ya estaba en crisis” (Montenegro, 2021: 136).

Sin embargo, el gobierno asume que la crisis es responsabilidad únicamente de factores externos. De esa manera en la ley indica que se han tomado

Medidas Coercitivas Unilaterales: Es el uso de medidas económicas, comerciales u otras medidas adoptadas por un Estado, grupo de Estados u organizaciones internacionales que actúan de manera unilateral para obligar a un cambio de política de otro Estado o para presionar a individuos, grupos o entidades de los Estados seleccionados para que influyan en un curso de acción, sin la autorización del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (Ley antibloqueo, 2020: artículo 4).

A pesar de que recientemente se han publicado un informe por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas (Bachelet, 2019), en el cual se muestra las violaciones sistemáticas a los Derechos Humanos en el país. Pero el gobierno mantiene firme su posición de no ceder el poder político, esa es una de las finalidades de la ley antibloqueo, ratifica su negativa a negociar su salida de la presidencia.

Por ello tanta insistencia en el discurso de la defensa de la soberanía nacional, como no parece destrancarse las sanciones, busca ofrecer alternativas para hacer negocios con sus aliados al margen de los organismos internacionales, esto es uno de los objetivos principales de la ley Antibloqueo. Se plantea la posibilidad de suscribir nuevos acuerdos o tratados multilaterales en beneficio de la nación. Así llega al punto de cambios económicos establecidos por la ley.

IV. Los objetivos de cambios económicos establecidos en la ley antibloqueo

En la ley antibloqueo se establecen las prioridades y objetivos de los cambios económicos, y también las atribuciones dadas al poder ejecutivo donde se establece que los ingresos recibidos se

registrarán separadamente dentro de las disponibilidades del tesoro nacional y se destinarán a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales del pueblo venezolano, así como a la recuperación de su calidad de vida y la generación de oportunidades a través del impulso de sus capacidades y potencialidades (Ley antibloqueo, 2020: artículo 18).

No se manejarán los ingresos por vías oficiales, el gobierno tendrá la potestad de usar esos recursos generados a partir de la ley de manera discrecional. Se plantea también en la ley antibloqueo que

El Ejecutivo Nacional podrá crear e implementar mecanismos financieros a gran escala que permitan restituir progresivamente el valor de las prestaciones sociales, beneficios acumulados y ahorros obtenidos por los trabajadores y las trabajadoras del país, vulnerados por los ataques a la soberanía y economía nacional por medidas coercitivas unilaterales, medidas punitivas, u otras amenazas (Ley antibloqueo, 2020: artículo 22).

No aclara que mecanismos financieros serian esos, y si eso implicaría asumir deudas sin necesidad de pasar por la aprobación de la Asamblea Nacional. Se pretende otorgar al gobierno gran poder para tomar decisiones, asume que la pérdida de la capacidad de compra de los trabajadores es debido al bloqueo, cuando ha sido producto de la emisión monetaria por parte del Banco Central de Venezuela. Es así como “La emisión monetaria se realiza para financiar el elevado déficit público que acumula el país” (Echarte, Martínez y Zambrano, 2018: 76).

Esa emisión es lo que provoca la devaluación de la moneda y la pérdida del poder de compra. El gobierno traslada la responsabilidad a factores externos, y con la nueva ley pretende crear mecanismos financieros para poder invertir en materia de alimentación, salud, seguridad social, provisión de servicios básicos e infraestructura, entre otros (Ley antibloqueo, 2020: 18).

Al gobierno le fue congelado el oro que reposa en el Banco de Inglaterra, así como activos tales como la empresa CITGO y Monómeros, que al momento de la aprobación de la ley, han pasado a ser administradas por el gobierno interino representado

en la figura de Juan Guaidó como presidente de la Asamblea Nacional e interino del poder ejecutivo.

Sin embargo, Maduro recientemente ha recuperado el control de algunas empresas, entre ellas, Monómeros, una vez que el nuevo presidente de Colombia Gustavo Petro reconoce a Nicolás Maduro como presidente de Venezuela. El escenario internacional vuelve a cambiar y esta vez parece ser favorable para el gobierno venezolano, con la vuelta al poder de varios gobernantes de izquierda en la región, como es el caso también de Lula Da Silva en Brasil.

Solo en aquellos casos donde se poseen bienes o activos dentro de países aliados, es posible que el gobierno de Maduro logre gestionarlos y mantenerlos bajo control, de resto en las democracias occidentales es más complicado. Internamente, la ley apunta a un cambio en el diseño de la economía, entonces implica modificar los derechos de propiedad:

El Ejecutivo Nacional podrá modificar los mecanismos de constitución, propiedad, gestión, administración y funcionamiento de empresas públicas o mixtas, tanto en el territorio nacional como en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 303 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Ley antibloqueo, 2020: artículo 26).

No se plantea explícitamente la posibilidad de privatización, pero se sabe que es una posibilidad muy real ya que al señalar la potestad de cambiar la propiedad o gestión de empresas públicas se abre esa opción. En su mayoría se encuentran dichas compañías sin producir, por lo cual son

pérdidas para el gobierno, de esa manera “las expropiaciones y nacionalizaciones contrajeron el aparato productivo y generaron flujos de inversión privada nacional e internacional de los más bajos de su historia” (Puente y Rodríguez, 2020: 130).

Ahora se intenta revertir esa situación, aumentar su eficiencia y productividad como aspira la ley, requiere de grandes inversiones, como el gobierno no tiene recursos para inyectar a esas empresas, su objetivo es atraer inversión extranjera. Está bloqueado su acceso a mecanismos internacionales de financiamiento, la mejor opción es ceder el manejo privado de esos negocios.

Hay un apartado específico sobre el impulso a la inversión privada. El empresariado siempre fue defenestrado en el discurso político, pero ahora se requiere un poco de libertad de mercado para sobrevivir. En la ley se establece que “El Ejecutivo Nacional podrá autorizar e implementar medidas que estimulen y favorezcan la participación, gestión y operación parcial o integral del sector privado nacional e internacional en el desarrollo de la economía nacional” (Ley antibloqueo, 2020: artículo 29).

Ya la posibilidad de una participación integral del sector privado expone que puede haber áreas de la economía donde no participe el Estado. Ahora en la ley antibloqueo parece darse o abrirse la puerta a un proceso de reversión de las empresas expropiadas o nacionalizadas a lo largo de los años.

Es tal vez uno de los puntos más trascendentales, el chavismo trasgredió la propiedad privada en Venezuela desde el comienzo (CEDICE b, 2021). Pero ahora se plantea la posibilidad de alianzas o participación con los privados, pero bajo ciertos condicionantes. Por ejemplo, si puede volver a tener

productiva a la empresa, en ese caso se le restituye los activos si presenta un plan productivo.

El problema es que nadie sabe el estado en el cual se encuentran dichas empresas, se sabe que ninguna produce lo mismo de antes, la infraestructura o maquinaria requerida para su funcionamiento tampoco se conoce si puede ser rescatable. Solo en algunos casos podrían ser devueltos las empresas dependiendo la realidad de cada sector. Por ello se establece en la ley que:

Cuando resulte necesario para proteger sectores productivos fundamentales del país y los actores que participan en ellos, se autoriza al Ejecutivo Nacional el levantamiento de restricciones a la comercialización para determinadas categorías de sujetos, en actividades estratégicas de la economía nacional (Ley antibloqueo, 2020: artículo 31).

Prohibiciones de importaciones o exportaciones a ciertos rubros serán realizadas si así se requiere para incentivar la producción de empresas. Es parte de los incentivos que posiblemente se puedan dar. Hay otro tipo de medidas que puede tomar el gobierno para dar confianza como es: “La República y sus entes podrán acordar con sus socios e inversionistas, por el plazo establecido contractualmente, cláusulas de protección de su inversión, a los fines de generar confianza y estabilidad” (Ley antibloqueo, 2020: artículo 34).

Al no existir Estado de derecho ni independencia de poderes, en los términos de legalidad no se podrá realmente cumplir con esas garantías, por lo menos en caso de existir un

cambio de gobierno. Como toda concesión de privilegios, va a depender de la cercanía con la cúpula gobernante. Eso implica correr un alto riesgo, ya que cuando todo se hace en el marco de la legalidad con transparencia institucional, por lo general se respetan los acuerdos más allá de los cambios de gobierno, cuando se trata de acuerdos con un partido gobernante, existe el peligro de deshacer ciertos convenios. Por eso esas leyes implican más flexibilidad, no libertades reales.

V. Los fundamentos de las zonas económicas especiales en Venezuela

En la misma línea de la ley antibloqueo, el chavismo ha promulgado la ley de Zonas Económicas Especiales (2022), similar en teoría a las que se aplican en China. En esas zonas aplica un régimen fiscal especial con mayores facilidades para la realización de negocios. No se trata de una propuesta efectivamente liberal de libre mercado, ya que se busca favorecer solo algunas áreas y sectores del país. Para Hernández (2019),

una zona económica especial es una región geográfica cuyas leyes económicas son más abiertas al extranjero en comparación con aquellas que son aplicadas de forma general en el país, es decir, ofrecen un trato preferencial como excepciones para importación de material y la exportación de productos, una mano de obra a menor costo, excepciones de impuestos durante los primeros años de operación para las empresas en sociedad con las empresas locales o el Gobierno (Joint ventures o JV) y la

infraestructura requerida para las operaciones de la manufactura y el transporte de mercancías.

Con base en esa definición claramente se trata de espacios geográficos con privilegios mercantiles, que no poseen otros territorios dentro de un mismo país. Está definido por el interés de atraer inversión extranjera por medio de toda una serie de beneficios fiscales y administrativos. Parten del principio lógico, esbozado desde mucho tiempo atrás por el libre mercado, de que la flexibilidad económica favorece ampliamente la inversión.

El caso de China es emblemático, ya que se aplica luego de las hambrunas provocadas por el socialismo en la época de Mao, durante los años setenta se trata de modificar ese modelo económico rígido contrario a la inversión privada. Por medio de las reformas impulsadas por Deng Xiaoping, hubo un esfuerzo por tratar de resolver los problemas de desinversión y pobreza y modernizar el país (González, 2011). Ello por supuesto no estuvo acompañado de una democratización de China, el Partido Comunista seguía rigiendo los destinos de la nación.

Eso marca que los procesos de apertura económica son limitados por los lineamientos del partido comunista, ya que el gobierno chino no renunció a perder poder político. Aun así, el crecimiento de China ha sido significativo, al punto que se espera que en una década supere el PIB de los Estados Unidos y Shanghái es una de las regiones más pujante producto de la aplicación de la ZEE (Furlong y Netzahualcoyotz, 2017).

A pesar de esos progresos, el empobrecimiento de China sigue siendo significativo, sobre todo en aquellas regiones donde no aplican las Zonas Económicas Especiales. No todas las ZEE tienen además los mismos rendimientos, depende de las ventajas competitivas y también de la realidad interna de cada país

(Gómez y Molina, 2018). Hay factores contextuales fundamentales como lo es contar con una adecuada infraestructura así como estabilidad política y económica.

Por tanto, las experiencias no son homogéneas ni tampoco los resultados, pero en un escenario donde el intervencionismo de los gobiernos ha crecido, se tratan de aplicar políticas más flexibles en determinados espacios para no perder competitividad y lograr elevar los niveles de producción y comercio. De esa manera la ley tiene como fundamento “Promover la actividad económica productiva nacional y extranjera con base en un nuevo modelo productivo nacional” (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022: artículo 6).

Hay un punto clave en esos objetivos y es crear un nuevo modelo productivo, que si bien es parte de la retórica que siempre ha usado el gobierno en los Planes de la Patria, antes lo hacía con énfasis en instaurar el socialismo. En cambio ahora lo relevante es atraer inversión privada por medio de una serie de estímulos.

Aunque mantiene la planificación centralizada de la economía, pero se reconoce la necesidad de la existencia de sectores privados. De esa manera las Zonas Económicas Especiales son definidas en la ley como

Delimitación geográfica que cuenta con un régimen socioeconómico especial y extraordinario, en cuyas poligonales se desarrollan actividades económicas estratégicas previstas en esta Ley, en consonancia con los objetivos establecidos en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación (Ley orgánica

sobre las zonas económicas especiales, 2022: artículo 4).

El punto de régimen socioeconómico especial y extraordinario es clave dentro de todo intento de atraer inversiones privadas. Se intenta recuperar parte de la confianza perdida, bajo un régimen de zonas económicas especiales. Por tal razón, se establece que se “asumen una regulación especial de garantías, incentivos y protección económica, financiera, fiscal, jurídica y comercial...” (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022: artículo 5).

Las garantías jurídicas son fundamentales en un país donde hubo tantas violaciones a la propiedad, aunque sin Estado de derecho, no hay confianza para invertir. Las zonas económicas especiales están determinadas por los siguientes puntos: Áreas de desarrollo, Convenio de actividad económica, Distritos Motores de Desarrollo de las Zonas Económicas Especiales, Incentivos económicos, fiscales y de otra índole, entre otros (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022: artículo 4).

Los estímulos fiscales, tributarios, financieros y de otra índole tal vez sea el mayor atractivo de esa ley, lo que en el caso de China o Corea del Sur ha sido un gran polo de atracción de capitales. Dentro de la legislación se establece sobre ese punto que es el

Conjunto de garantías, beneficios y estímulos fiscales, tributarios, financieros y de otra índole previstos en esta Ley, que ofrece la República Bolivariana de Venezuela a las personas jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas, privadas,

mixtas o comunales, que operan dentro de las Zonas Económicas Especiales (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 4).

La ley es vaga al respecto, ya que no se especifican el tipo de estímulos dados. Se asume como una rebaja significativa de impuestos internos y arancelarios, con facilidades para la movilidad de capitales sin tanta reglamentación. Pero no es claro tampoco cuáles serán los beneficios, tampoco en lo que indica con respecto al punto de Convenio de actividad económica.

Puede ser rebajas o reintegración de impuestos, pero no queda del todo claro en la legislación. En teoría si ofrece ventajas, pero la ley da pocas especificaciones sobre la materia. Eso deja una fuerte capacidad de discrecionalidad a las autoridades para otorgar beneficios e incentivos que son señalados. El chavismo se ha caracterizado por el otorgamiento de privilegios a la cúpula gobernante, quienes probablemente serán los principales beneficiarios.

A pesar de establecer que tanto empresas públicas como privadas así como organizaciones comunales pueden participar, en la práctica seguramente esos incentivos señalados en la ley no serán iguales para todos. De esa manera no se puede plantear erróneamente la tesis de una economía de mercado, porque se va a crear una gran disparidad en cuanto a las zonas reconocidas como ZEE y las que no lo sean.

El atractivo para invertir en espacios no denominados como ZEE será prácticamente nulo, acentuando diferencias económicas a partir de privilegios y no de libre competencia. En la ley se crea “La Superintendencia Nacional de las Zonas Económicas Especiales contará con las prerrogativas, privilegios

y exoneraciones de orden fiscal, tributario y procesal que la ley otorga a la República y tendrá sede en la ciudad de Caracas” (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 16).

Sigue habiendo un proceso de planificación centralizada, porque será el Estado al fin de cuentas quien decida donde se van a instalar esas ZEE y de qué tipo será. Esto lo puede decidir en reuniones con el sector privado, pero el gobierno es por lo general quien de acuerdo a sus objetivos termina tomando las decisiones. Por eso en la creación de las ZEE se establece la “potestad exclusiva del Presidente o Presidenta de la República, quien las establecerá mediante Decreto, para lo cual solicitará los estudios pertinentes de los Ministerios con competencia en las materias según el tipo de zona económica” (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 7).

Esto es una clara continuidad de la forma como el chavismo siempre toma las medidas económicas con base en el centralismo y las decisiones concentradas en la cúpula gobernante. El uso de los decretos y leyes aplicadas de forma arbitraria, también ha sido común a lo largo de los años. Es así como todavía se mantiene en vigencia el decreto de emergencia económica promulgado por el gobierno en 2017. Esa manera de proceder no crea confianza en los sectores del país.

Seguramente, producto de algunas ventajas de esas ZEE, habrán empresarios que demanden su instalación en puntos estratégicos para ellos, pero siempre dependerá de su capacidad de negociar con el gobierno. La política siempre privará en tales casos a pesar de que los objetivos de dichas zonas económicas son en teoría los siguientes:

1. Desarrollar un nuevo modelo productivo nacional.
2. Promover la actividad económica productiva nacional y extranjera en el territorio nacional.
3. Diversificar y aumentar las exportaciones.
4. Participar en las innovaciones, cadenas productivas y mercados internacionales.
5. Impulsar el desarrollo industrial de la Nación.
6. Promover la sustitución selectiva de importaciones.
7. Contribuir con la diversificación de la economía del país.
8. Garantizar la transferencia tecnológica.
9. Asegurar el aprovechamiento pleno de las ventajas comparativas.
10. Impulsar el desarrollo de ventajas competitivas.
11. Crear nuevas fuentes de trabajo.
12. Incrementar la generación de ingresos para su justa distribución en la Nación.
13. Velar por la sustentabilidad ambiental en los procesos productivos (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 6).

Hay ideas propuestas desde los Planes de la Patria, como lo es diversificación de la economía, sustituir importaciones, lo cual estuvo presente incluso desde los programas económicos de la democracia en Venezuela, así como el punto de la

distribución justa de los ingresos. Es un conjunto de aspiraciones que no resultan novedosas en principio, solo en lo que respecta a los incentivos al sector privado.

Sin embargo, hay otros factores limitantes para la creación de esas Zonas Económicas Especiales como lo es la ausencia de una infraestructura económica y servicios de alta calidad para el desarrollo productivo como establece la ley. En Venezuela el deterioro de puertos, aeropuertos y carreteras es notorio desde hace años. A pesar de contar con potencial en cuanto a recursos naturales y posición geoeconómica favorable, los riesgos que deben correr las empresas son muy elevados producto de esas limitaciones.

Tales problemas no parecen tener una pronta solución, salvo que el gobierno decida privatizar los servicios, lo cual es una posibilidad. De querer darle mayor protagonismo a la empresa privada, ciertamente debe contemplarse esa privatización para subsanar el problema, ya que el gobierno de Maduro no cuenta con recursos para hacer grandes inversiones. Desde hace años Venezuela cayó en un default de sus deudas internacionales, por lo cual no tiene acceso a créditos ni ayudas de entidades bancarias. El dilema político de la legitimidad del actual gobierno, y la falta de institucionalidad, resulta un problema fundamental para otorgar préstamos al país.

Todo ello es parte de la problemática de esas Zonas económicas, que además, puede estar sujeta a variaciones. Dentro de la legislación está contemplada la evaluación de la mismas, en las cual se establece se puede “Rescindir el Convenio de actividad económica, en virtud del incumplimiento de los requisitos de desempeño, metas, inversiones comprometidas y demás obligaciones, así como por las demás causales previstas en el respectivo Convenio y en las leyes” (ley

orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 17).

Allí nuevamente se produce una inseguridad jurídica, ya que el gobierno decide si hubo incumplimiento injustificado por parte de los inversionistas. Claramente sigue habiendo una fuerte influencia de la planificación centralizada de cumplir objetivos de producción exigidos por las autoridades. La economía está sujeta a imprevistos y coyunturas, por lo cual a veces los objetivos no son alcanzados.

Ese margen de discrecionalidad por parte del gobierno, de revocar esos beneficios o incentivos fiscales otorgados en esas ZEE, muestra lo cambiante que puede ser la política. La planificación sigue presente al establecerse una Superintendencia Nacional de las Zonas Económicas Especiales que tiene el fin de control y administración, por ello se establece que:

El proyecto de Plan de Desarrollo será elaborado por la Superintendencia Nacional de las Zonas Económicas Especiales, en coordinación con los Ministerios del Poder Popular con competencia en materia de planificación, economía y finanzas, así como de aquellos concompetencia en las materias relacionadas con las actividades previstas para la Zona Económica Especial (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 11).

Nuevamente se trata de un órgano centralizado, con dependencia de los ministerios de gobierno. Todo ello es contrario a una política real de libre mercado, ya que incluso puede manejar un presupuesto para la ejecución de proyectos productivos. Como se indicó al comienzo, se trata de una flexibilización de controles, no de una real liberalización de la economía que va a seguir bajo el control del Estado.

A pesar de eso hay beneficios fiscales que representan los aspectos más relevantes de la ley. Se establecen aspectos importantes como “El Reintegro Tributario en materia de otros impuestos nacionales” así como “...Regímenes de Liberación, Suspensión y otros

Regímenes Aduaneros Especiales” (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 28).

Representa un incentivo importante los regímenes aduanales especiales y los reintegros. Otra de las ventajas es la simplificación de trámites administrativos, por lo cual

La gestión de los trámites requeridos por las autoridades competentes relacionados con el funcionamiento y la operación de las Zonas Económicas Especiales serán realizado a través de un sistema integrado a la Ventanilla Única con la finalidad simplificar, unificar y automatizar los trámites (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 29).

El que exista una oficina única para realizar los trámites es un gran beneficio, con una teórica reducción de permisos y aceleración de los tiempos para obtenerlo, siendo eso uno de los

obstáculos al emprendimiento en Venezuela. Hay otros aspectos relevantes en la legislación lo cual tiene que ver con la construcción según el caso de “...un sistema de corredores de infraestructura de transporte multimodal: terrestres, acuáticos, fluviales, lacustres o aéreas y ferroviario, con zona de carga y descarga preferencial de mercancía” (Ley orgánica sobre las zonas económicas especiales, 2022, artículo 32).

En Venezuela el gobierno carece de recursos actualmente para elaborar tales planes de infraestructura, considerando el deterioro actual de servicios y de transporte que no ayuda al desarrollo. Por tanto, hay diferentes barreras políticas y económicas que obstaculiza el éxito de la ley.

La legislación es parcialmente favorable para las inversiones aunque sigue dejando un gran poder de decisión a las autoridades centralizadas. Se trata de un esquema de incentivos pero basados en privilegios aplicables a ciertos espacios y grupos. Esta ley va de la mano con la ley de nuevos emprendimientos y la ley Antibloqueo para tratar de permitir una mayor participación de la empresa privada, con la finalidad de flexibilizar las políticas de control de económico.

VI. Conclusión

El gobierno de Maduro está en un proceso de cambio económico parcial, que de cierta forma trata de dar un giro, aunque no radical, a la política económica. No abandona su rol como coordinador y planificador de la economía, después de todo es el gobierno quien se encarga de asignar los beneficios, pero si ofrece mayores ventajas para la inversión privada.

Tanto la ley de Zonas Económicas especiales como la Ley Antibloqueo, dan mayores espacios a la empresa privada, en un contexto donde existe una fuerte crisis económica, y es

necesario aplicar algunas reformas en un escenario donde el gobierno mantiene un fuerte control de las instituciones del Estado, puede permitirse relajar ciertos controles. Existe la posibilidad de que varias empresas públicas pueden pasar al patrimonio de algunos particulares con conexiones políticas como una nueva forma de otorgar beneficios a los aliados.

De esa manera es probable que nazca una nueva elite económica que reemplazará a la que fue despojada de sus bienes en Venezuela a lo largo de los años. Las nuevas leyes también tienen como objetivo evadir sanciones internacionales y facilitar la realización de negocios, así lo establece explícitamente la ley antibloqueo en sus consideraciones iniciales al plantear como finalidad el ser capaz de proporcionar un marco jurídico que permita hacer frente a la situación de asedio padecida por el bloqueo.

En los diferentes artículos de ambas leyes que fueron analizados, se plantea explícitamente que los objetivos van en función de hacer frente al bloqueo internacional, y de ofrecer un marco jurídico favorable para atraer inversión en ese difícil escenario. Le da amplias potestades al ejecutivo nacional de firmar acuerdos y pactar privatizaciones de ciertas áreas que antes fueron definidas como estratégicas para el desarrollo de la nación, como es el caso de la explotación de recursos naturales.

Eso implica que al no existir controles institucionales en Venezuela el gobierno puede pactar acuerdos con socios o naciones afines ideológicamente en el plano internacional, que operan bajo mecanismos de poca transparencia, como es el caso de China e Irán. Se trata de atraer inversión privada a un país que perdió más del 80% de su PIB en los últimos siete años, producto de sus políticas de controles e intervenciones a la economía.

Aunque la ley Antibloqueo y la ley de ZEE siguen la orientación de otras que se han aplicado en otros contextos como en China, Vietnam o Corea del sur, seguramente tendrá dificultades para su éxito en Venezuela. Las deficiencias en cuanto a vialidad, infraestructura en general y servicios públicos, son un obstáculo de gran envergadura para atraer inversión.

Sumado a eso, existe falta de confianza de un gobierno que expropió gran cantidad de empresas a lo largo de los años, con una ley de controles de precios vigentes, y aún no es reconocido por parte de algunas democracias en occidente, todos esos son factores que limitan el éxito de las ZEE en el país.

El probable que el partido gobernante y aliados internacionales recibirán los principales beneficios de esa flexibilidad económica, que implica un cambio parcial con respecto a las políticas más radicales de los primeros años, pero la sociedad se verá favorecida solo muy parcialmente. No se está transitando a un sistema de libre mercado, sino a un modelo socialista-mercantilista donde nuevamente las autoridades son las encargadas de asignar los privilegios a los sectores privados con un legislación diseñada para ese propósito.

Bibliografía

- Abadi, A, Carlos, García. (2019). *“Exprópiese”: la política expropiatoria del “Socialismo del Siglo XXI”*. Caracas: CEDICE.
- Albujas, M. (2013). El Neototalitarismo en el escenario político latinoamericano: nuevas tecnologías hegemónicas de control, terrorismo y conspiración. EPISTEME NS. Volumen 33(2), 89-110.
- Alfaro, G; Álvarez, D; y Fong, M. (2019). Efectos de la crisis económica en Venezuela y las posibles alternativas para su recuperación, periodo 2013 – 2018. Trabajo de grado para obtener el título de licenciado (a) en relaciones internacionales. San Salvador: Universidad de el Salvador.
- Banco Central De Venezuela. (2019). Estadísticas. Con acceso el 30 de julio de 07/19. <http://www.bcv.org.ve>.
- Bachelet, M. (2019). *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela*. Con acceso el 1 de marzo de 2022.
<https://www.ohchr.org/sp/newsevents/pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24788&LangID=S> consultado el sábado, 7 de septiembre de 2019.
- Bello, D; Romero, H; y Fajardo, E. (2018). El socialismo del siglo XXI y el sector externo en Venezuela: Un análisis descriptivo para el periodo 2000-2013. *Revista Espacios*, 39(27).
- Buttó, L. (2018). «La antinomia Democracia-Socialismo del Siglo XXI». *En Entre el ardid y la epopeya: Uso y abuso de la simbología en el imaginario chavista*. coordinado

por Buttó, L, Olivar, J. Caracas: Editorial Negro Sobre Blanco.

CEDICE a. (2021). *Monitoreo de Servicios. Con acceso el 2 de abril de 2022.*

<https://cedice.org.ve/observatoriogp/portfolio-items/monitoreo-de-servicios-publicos-en-venezuela-octubre-2021/>.

CEDICE b. (2021). Situación del Derecho a la Propiedad en Venezuela: Balance 2020. Con acceso el 2 de julio de 2022. <https://cedice.org.ve/es/balance-propiedad-venezuela-2020/>.

Dieterich, H. (2008). *El Socialismo del Siglo XXI*. México: Edición de autor.

Echarte, M, Martínez, Ma, y Zambrano, O. (2018). Un análisis de la crisis económica de Venezuela desde los postulados de la Escuela Austríaca de Economía. *Revista Lasallista de Investigación* , 15 (2), 68-82. <https://doi.org/10.22507/rli.v15n2a5>.

Ellner, S. (2019). Explicaciones para la crisis actual en Venezuela: el choque de paradigmas y narrativas. *Discursos Del Sur*, (4), 133-151 | DOI: <https://doi.org/10.15381/dds.v0i4.17029>.

España, L. (2020). «De las misiones sociales al carnet de la patria 2015 2020. La actual política social en Venezuela». En *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, coordinado por Gratiús, S; y Puentes, J. 223-246. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.

Gómez, F, y Molina, E. (2018). «Zonas Económicas Especiales y su impacto sobre el desarrollo económico regional». *Problemas del desarrollo* 49(193), 11-32. <https://doi.org/10.22201/iiec.20078951e.2018.193.61285>

- González, J. (2011). «La política económica instrumentada en la República Popular China durante la primera década del siglo XXI: Logros y perspectivas». En *El difícil camino entre el escepticismo y el asombro*, editado por Arturo Oropeza, 581-582. México: LXI Cámara de Diputados-UNAM.
- Hayek, F. (2010). *La fatal arrogancia. Los errores del socialismo*. España: Unión Editorial.
- Hernández, C. (2019). «La experiencia china con las Zonas Económicas Especiales y sus enseñanzas para el desarrollo regional del sureste mexicano». *México y la cuenca del pacífico* 8(24): 19-56.
- Hernández, D., Pérez, E. (2017). Análisis de la sostenibilidad del modelo económico venezolano: chavismo, petróleo y distribución de la renta. *Iberoamerican Journal of Development Studies*, 6 (2), 148-174. https://doi.org/10.26754/ojs_ried/ijds.235
- Huerta de Soto, J. (2001). *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*. España: Unión editorial.
- Instituto CASLA. (2019). Tortura sistemática en Venezuela 2019 y la participación de cubanos en los patrones de tortura. Informe anual del Instituto CASLA 2019. Consultado en: www.caslainstitute.org.
- La voz de América. (2021). «La economía venezolana mejoró en 2021, pero no creció en conjunto, como afirma Nicolás Maduro». Con acceso el 2 de abril de 2022. <https://www.vozdeamerica.com/a/economia-venezolana-mejoras-2021-no-crecio-conjunto-afirma-nicolas-maduro/6374473.html>
- Laise, D, y Gustavo, U. (2021). Las desviaciones del sistema económico constitucional y el ocaso económico

- venezolano. *Derecho Y Ciencias Sociales*, (25), 095.
<https://doi.org/10.24215/18522971e095>.
- Ley Antibloqueo. (2020). *Ley Constitucional Antibloqueo para el Desarrollo Nacional y la Garantía de los Derechos Humanos*. Gaceta Oficial N° 6.583 Extraordinario Caracas: Asamblea Nacional de Venezuela.
- Ley de Zonas económicas especiales. (2022). *Proyecto de ley de Zonas económicas especiales. N° 6.710 Extraordinaria*. Caracas: Asamblea Nacional de Venezuela.
- Miranda, R. (2017). «Industrialización y desindustrialización en Venezuela. Un análisis histórico». *Ens. Econ*, 27 (50), 87-101.
- Montenegro, Y. (2021). «Sanciones impuestas por Estados Unidos a Venezuela: consecuencias regionales». *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad* 6(2): 121-140. DOI: <https://doi.org/10.18359/ries.5916>.
- Pardo, A. (2019). Chavismo: las raíces de la crisis en Venezuela. Trabajo de grado. Colombia: Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.
- Pereira, I, Quiñones, R. (2016). *Por un País de Propietarios: El petróleo no tiene la culpa*. Caracas: Cedice Libertad.
- Puentes, J, Jesús, R. (2020). «Venezuela: radiografía de un colapso macroeconómico (1980-2019)». En *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, coordinado por Susanne Gratius y José Puente, 123-147. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
- Puente, J, y Rodríguez, J. (2020). Venezuela en etapa de colapso macroeconómico: un análisis histórico y comparativo. *América Latina Hoy*, (85). 55-72.
- Puentes, G. (2009). El socialismo del siglo xxi en Venezuela: reflexiones sobre una década de tensiones. *Revista de*

- Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad. 482), 127-145.
- Plan de la patria. (2013). Segundo Plan Socialista de Desarrollo Económico y Social de la Nación 2013-2019. Caracas. Publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 6.118.
- Proyecto Nacional Simón Bolívar 2007-2013: Primer plan socialista de la nación. 2007-2013. (2007). Caracas. [Web en línea]. Disponible desde internet en: <https://es.slideshare.net/controldelagestionpublica/proyecto-nacional-simn-bolivar-2007-2013>. [Con acceso el 07 de febrero de 2019].
- Rodríguez, P. (2010). Venezuela: del neoliberalismo al socialismo del siglo XXI. *Política y Cultura*, (34), 187-211.
- Romero, F. (2021). La alianza Rusia-Venezuela durante el siglo XXI: consideraciones en torno a la cuestión militar. *Cuadernos de marte*, 12(21), 229-264.
- Sánchez, S. (2016). Estado actual del régimen de expropiaciones en Venezuela. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. N° 10. Caracas. Universidad Monteávila.
- Segal, A. (2013), Totalitarismo, dictadura y autoritarismo: Definiciones y re-definiciones” en *Revista gobierno y gestión pública*, 1(1), 1-37.
- Scocozza, A; y Colucciello, M. (2019). Apuntes sobre la crisis del Socialismo del Siglo XXI en Venezuela. Ponencia presentada en el 1er Congreso Internacional “Venezuela: Desde la búsqueda de la paz hasta el discurso político” Roma: Universidad de Roma.

Transparencia Venezuela (2020). Los militares y su rol en las Empresas Propiedad del Estado. EMPRESAS PROPIEDAD DEL ESTADO III. Caracas: Transparencia Venezuela.

Transparencia Venezuela (2018). Crisis venezolana está estrechamente relacionada con la corrupción y el mal desempeño de las 576 empresas propiedad del Estado. Consultado en: <https://transparenciave.org/project/crisis-venezolana-esta-estrechamente-relacionada-con-la-corrupcion-y-el-mal-desempeno-de-las-576-empresas-propiedad-del-estado/>

World Justice Project. (2021). El Índice de Estado de Derecho® 2020 del World Justice Project. EEUU: The World Justice Project.

**EL INSURTECH: DEL EL PRINCIPIO DE LA
REPARACIÓN PLENA A LA PREVENCIÓN DEL
DAÑOS**

**INSURTECH: FROM THE PRINCIPLE OF FULL
REPAIR TO DAMAGE PREVENTION**

Verónica Goldman¹
Universidad San Pablo-Tucumán

Recibido: 10/04/2023 - Aceptado: 30/06/2023

Resumen: El desarrollo de este ensayo está orientado a caracterizar y explicar las implicancias de la inteligencia artificial y su vinculación con la rama de seguros y a su vez, la vinculación de estas tecnologías a la aplicación del principio de reparación plena, es decir que si el uso de este tipo de tecnologías puede repercutir de manera positiva en la ciencia jurídica como para lograr una más efectiva reparación y así encontrar un nuevo paradigma en la prevención de los daños.

Palabras claves: Inteligencia artificial, Insurtech, Derecho de seguros, Principio de reparación plena, Daños.

Abstract: The development of this essay is intended to characterize and explain the implications of artificial intelligence and its link to the insurance branch, and at the same time, the linkage of these technologies and the application of integral reparation principle, i.e., if the use of this type of technologies may have a positive impact on legal science to achieve a more effective principle of integral reparation and find new paradigm in the prevention of damages.

¹ goldmanvero@gmail.com

Keywords: Artificial intelligence, Insurtech, Insurance law, Full reparation principle, Damages.

1. *Introducción*

Desde hace mucho tiempo se busca vincular el Derecho con otras ramas de la ciencia con el fin de modernizarla y sobre todo para encontrar un derecho más eficiente y objetivo. Uno de los ejemplos más conocidos es el análisis económico del derecho, donde la economía ingresa al derecho para revolucionarla con ciertas aplicaciones que antes eran impensadas, como por ejemplo el uso de fórmulas matemáticas para cuantificar rubros indemnizatorios. La vinculación entre derecho y economía tiene ya autores con nombres propios como los son *Daniel Kahneman*² y *Richard Thaler*³. Estos dos premios nobels de economía nos enseñan sobre la arquitectura de las decisiones (nudge) y su aplicación, entre otras normas, al ámbito del derecho.

Pero el derecho no solo se relaciona con la economía sino también con la tecnología. El desarrollo de la tecnología es constante, se produce sin pausa y en algunos países está mucho más avanzado que en otros. Sin embargo, Argentina no quiere quedarse atrás, quiere ser uno de los primeros países de la región que aplica inteligencia artificial a las Ciencias Sociales, específicamente al Derecho.

² Daniel Kahneman nació en Tel Aviv, Israel el 5 de marzo de 1934, es un psicólogo de nacionalidades estadounidense e israelí. En 2002 fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel de Economía.

³ Richard H. Thaler nació en East Orange el 12 de septiembre de 1945, es un economista estadounidense. En 2017 fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel⁴ por sus contribuciones a la economía conductual.

Juan Gustavo Corvalán⁴ desarrolló “Prometea” que es el primer sistema de inteligencia artificial diseñado y desarrollado por el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Predice la solución a un caso judicial en menos de 20 segundos, con una tasa de acierto del 96%. Permite que en solo 45 días se elaboren 1000 dictámenes jurídicos relacionados a expedientes del derecho a la vivienda; lo cual, del modo tradicional, tardaríamos 174 días.⁵

A lo largo del presente trabajo se busca desarrollar de manera practica como la inteligencia artificial puede empezar a actuar en la rama del derecho de seguros y si eso ayuda a los damnificados de algún siniestro al llegar a una reparación plena.

2. *¿Qué se entiende por INSURTECH?*

Para entender la definición de Insurtech, primero tenemos que conocer el concepto de inteligencia artificial. Una de las definiciones más completas nos dice que es un conjunto de técnicas de las ciencias de la computación que permiten a los sistemas informáticos realizar tareas que normalmente requieren inteligencia humana, tales como percepción visual, reconocimiento de la voz, toma de decisiones y traducción de idiomas. (The Economist IntelligenceUnit, 2018).

Entendida la definición de IA, la apliquemos a la rama de los seguros. Así, entendemos que Insurtech hace referencia a la conjunción de las palabras en lengua inglesa: Insurance (que significa seguros) y Technology (que significa tecnología), y

⁴ Co-Director del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

⁵ https://www.youtube.com/watch?v=dT_SOWnvyVs.

está inspirada en el término Fintech (unión de finance y technology), que alude a la aplicación de la tecnología en las finanzas.

El término Insurtech tiene dos aplicaciones, distintas pero relacionadas:

a) Por un lado, alude a la utilización de las nuevas tecnologías para mejorar y agilizar las transacciones y procesos de la industria aseguradora. Esta utilización está generando una mejora sustancial en los procesos y modelos tradicionales de negocios del sector asegurador.

b) En segundo lugar, alude a las empresas de seguros que se constituyen desde su mismo inicio (start-ups) como organizaciones estructuradas con base en las nuevas tecnologías, a los efectos de brindar cobertura a sectores de consumidores más adeptos a los dispositivos digitales, utilizados en aspectos sustanciales de su vida diaria. A diferencia de las aseguradoras ya establecidas o "tradicionales", tienen la posibilidad de diseñar todos sus procesos, productos y sistemas "desde cero" con base en las nuevas tecnologías, sin estar atadas o limitadas por sistemas tradicionales preexistentes (legacy systems). (McKINSEY, 2017)

En síntesis, el Insurtech trata de unir la tecnología y el sector asegurador, aplicando nuevas técnicas que resulten en productos y servicios innovadores, cuyo eje central sea el cliente, para mejorar su experiencia. Esta mejora contribuirá a reforzar la relación cliente-aseguradora.

Si vemos el Insurtech en la práctica lisa y llana de la actividad aseguradora, podemos ver que puede utilizarse para reconocer rápidamente un reclamo fraudulento o reclamos que pueden ser tramitados aceleradamente por sus características,

automatizar elementos de un proceso regular de gestión de siniestros o crear chatbots (programas de AI que pueden imitar una conversación humana interactiva, en temas específicos), para atender consultas de los clientes.

3. *La proliferación de nuevos seguros*

Las nuevas generaciones de "asegurables" o mejor llamados Millenials (sujetos que crecieron mientras Internet se masificaba y que, en este marco, adoptaron el universo virtual como propio), tienden a ser menos leales a una compañía en particular y tratan a los productos y servicios financieros y de seguros como intercambiables, en la medida en que satisfagan sus necesidades personales. Valoran la practicidad y la conveniencia y prefieren ejecutar sus transacciones en forma remota, en lo posible sin una interacción directa con la institución. Para las nuevas generaciones es claramente preferible el uso de canales digitales disponibles las 24 horas, los 7 días de la semana, para recibir una cotización o denunciar un siniestro, que tener que concurrir a una oficina de la compañía o de su productor de seguros a tal efecto. [OB]

Con la llegada de esta nueva generación, los seguros fueron mutando y proliferando ya no solo existen los seguros de responsabilidad civil tradicionales de nuestros autos o casa, las aseguradoras empezaron a notar que existían otros riesgos asegurables como por ejemplo el seguro de cartera o el seguro de celulares. Con la llegada de la tecnología a la industria del seguro esa proliferación de riesgos asegurables nuevos e impensados, la industria del seguro empezó a mutar

nuevamente, encontrándonos con seguros que no estábamos acostumbrados a ver normalmente:

1. **CIBERSEGURO**: La transformación digital en que está inmersa nuestra sociedad está modificando el perfil de riesgo de las personas y los activos asegurables. Fenómenos como el cibercrimen incorporan nuevas amenazas que obligan a desarrollar nuevos modelos de protección. [OBJ]

Por cibercrimen se entiende cualquier crimen que se lleva a cabo en línea o que ocurre principalmente en línea. Abarca desde el robo de identidad y otras violaciones de seguridad hasta actividades como la pornografía vengativa, el acoso cibernético, el hostigamiento, el abuso e, incluso, la explotación sexual infantil.

Según el barómetro de riesgo publicado por Allianz (Specialty, 2022) en 2015, el coste anual del cibercrimen en la economía mundial fue de 445.000 millones de dólares y el coste promedio anual por violaciones de datos para las empresas es de 3,5 millones de dólares. La misma fuente estima que en 2016 el cibercrimen representará un 28% de los riesgos para las empresas frente a un 17% del año anterior. Asimismo, la tendencia de crecimiento anual del mercado de la ciberseguridad es de un 9,8%.

Tomar el control de los dispositivos conectados en el coche o en el hogar, pudiendo afectar a la seguridad de ambos, constituye un riesgo que será necesario cubrir y prevenir. Este contexto de transformación digital en que está inmersa la sociedad conducirá a una notable

disminución de la materialización de riesgos clásicos al potenciar la capacidad de actuación preventiva sobre ellos.

La tendencia de crecimiento del ciberseguro representa una oportunidad de negocio para una aseguradora en la medida en que consiga diferenciarse en la prestación de servicios asociados a su cadena de valor, desde la valoración del ciberriesgo de sus asegurados, para dar una cobertura y primas ajustadas a sus necesidades y ciber capacidades, a la consultoría de servicios pre-siniestros o preventivos, así como los servicios vinculados con la gestión del siniestro. Para ello las aseguradoras deberán incorporar a su ecosistema de proveedores empresas con capacidades expertas en ciberseguridad que las acompañen en la cobertura del riesgo que protegen.

2. **Smarthealth:** Las compañías de seguros de salud se plantean nuevos retos al establecer estrategias de transformación innovadoras. Smart health, es un nuevo concepto que se refiere al uso y aplicación de las herramientas e infraestructuras de las ciudades inteligentes (smartcity) a los servicios de salud. Pero ¿qué significa esto y cómo las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) pueden mejorar la salud de las personas? Investigan cómo las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), los dispositivos móviles y la información contextual se pueden combinar para mejorar la calidad de vida de la ciudadanía. La base consiste en personalizar la salud en función del contexto, lo que es posible mediante la infraestructura de las ciudades inteligentes.

El Smart Health permite a las personas usuarias de estas tecnologías obtener información más precisa sobre su estado de salud a través de aplicaciones. Además, pueden mejorarse los tratamientos recetados al poder adecuarse en mayor medida a cada perfil. Por otra parte, es posible también prevenir la aparición de enfermedades, ya que, con la implicación de la persona paciente, puede obtenerse información clave sobre sus hábitos de salud para así, mejorarlos. Esta es una gran ventaja de la IA aplicada a la industria de los seguros, se plantea la prevención del riesgo aun antes de pensar en la posibilidad que suceda.

Algunos ejemplos de estas tecnologías que permiten una mejora del estado de salud son, en primer lugar, la recomendación de aquellas rutas más saludables para una persona determinada. Valorando la capacidad para moverse, la vista o los problemas respiratorios, entre otros, es posible seleccionar la mejor ruta. Pueden, también, incluir factores meteorológicos. El segundo ejemplo son los sistemas de monitoreo, que permiten geolocalizar a aquellos pacientes con algún tipo de deterioro cognitivo. Cuando estas se desvían de su zona habitual, se realiza una llamada inmediata a la persona que está al cargo.

3. **“SEGUROS TO GO” (para llevar):** este nuevo tipo de seguro busca impulsar el seguro ligado al momento de la venta del producto, como la posibilidad de asegurar objetos de consumo a través de escaneado de códigos QR o de una foto capaz de caracterizar los

elementos que configuran el riesgo del objeto asegurable. La idea es que con un solo escaneado u herramienta similar, puedas asegurar un objeto al mismo momento de comprarlo. (Pablos, 2017)

4. **SMART INSURANCE:** permite apalancarse en la capacidad de programar dinero utilizando la infraestructura de las plataformas de cadena de bloques (Blockchain) para asegurar la puntualidad de un vuelo o la pérdida de equipaje y cobrar la indemnización en cualquier cajero, en caso de siniestro, sin tener que realizar ninguna reclamación.

Es evidente que a medida que los riesgos asegurables se van transformando y evolucionando a medida que necesitamos estar seguros de las cosas que tenemos y que valoramos, desde un teléfono celular ultramoderno (o no tanto), y a veces solo por un espacio temporal de horas, un objeto personal, como un auto prestado a un pariente por unas horas o una bicicleta para un día de excursión.

4. *VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL INSURTECH:*

Insurtech es algo nuevo para la Argentina, Mariano Biocca, Coordinador General de La Cámara Argentina de Fintech, ubica a Insurtech como uno de sus verticales. Según datos de la cámara, de 223 empresas que ofrecen servicios financieros basados en la tecnología en Argentina, 13 pertenecen a Insurtech.

Iván Saubidet es el nuevo CEO de la Insurtech NubiHome nos explica que: “es innegable que el uso la Inteligencia Artificial aplicada al seguro permitirá, con el tiempo, segmentar mucho mejor los clientes en el cálculo del riesgo, estimar la evolución de dicho riesgo de forma más precisa y responder mejor y más rápidamente a las demandas de los clientes”.⁶

Sin duda alguna, la innovación y el uso de la inteligencia artificial marcarán la industria del seguro en los próximos años, se dejarán atrás los trámites burocráticos al exigir cantidades de papeles, certificaciones y trámites para la contratación de una cobertura, las Insurtech concentran sus operaciones en plataformas digitales que permiten comparar y contratar una variada cartera de seguros de forma remota, desde la comodidad de un dispositivo móvil, en menor tiempo y con una mejor experiencia de usuario.

Sin embargo, este nuevo fenómeno tiene sus ventajas y desventajas que se plantean a continuación:

4.1. Ventajas:

La primera ventaja que podemos analizar en términos de Insurtech, es que permiten al asegurador una relación más directa, interactiva y más satisfactoria con el asegurado, desde el momento mismo de la oferta y venta de la cobertura asegurativa. Esto ha llevado a algunos especialistas a hablar de un efecto de "desintermediación" del negocio del seguro. Según un informe

⁶ Iván Saubidet es el nuevo CEO de la insurtech NubiHome. <https://www.roadshow.com.ar/insurtech-la-innovacion-llego-para-quedarse-en-la-industria-aseguradora/>

de la consultora McKinsey, sobre un total de 500 casos comerciales bien conocidos, el 30% hizo foco en "desintermediar" la relación con el cliente/asegurado. (McKINSEY, 2017)

Otra ventaja que analizaremos es la utilización de la tecnología de Machine Learning (dotar a los sistemas de la habilidad de aprender automáticamente y mejorar con base en su propia experiencia sin haber sido programados expresamente a tal efecto) y los chat-bots (programas de AI que pueden imitar una conversación humana interactiva, en temas específicos) que permiten a las aseguradoras facilitar enormemente el proceso de cotización y venta de un seguro al consumidor final.

Los chat-bots son capaces de mantener una conversación con el cliente en lenguaje natural, guiándolo en todo el proceso de compra del seguro. Estos "diálogos" puede mantenerlos el cliente desde su dispositivo móvil en cualquier momento y desde cualquier lugar donde se encuentre, normalmente sin intervención de agentes humanos, lo cual agiliza, hace más espontánea y atractiva la idea de contratar un seguro.

Las tecnologías vinculadas con Inteligencia Artificial y la creciente conectividad con el asegurado a través de dispositivos, ofrecen enormes oportunidades para la agilización y automatización del proceso de administración de siniestros, desde el mismo momento de la notificación del evento y hasta su liquidación y pago.

Las detallas son facilidades y ventajas estratégicas que interesan al usuario y lo hacen más interesado de una contratación de un seguro.

Martín Zapiola Guerrico (Guerrico, 2019) nos enseña que, al recibir la primera notificación, las aplicaciones de Inteligencia

Artificial pueden cumplir dos funciones de suma importancia:

1) Discriminar entre siniestros simples —de proceso automatizable— o siniestros complejos, que requieren de asistencia humana especializada para su procesamiento. Existen técnicas avanzadas de Reconocimiento de Imágenes y Machine Learning (y otras aplicaciones de IA) que permiten realizar esta "segmentación" automática de los siniestros. El propio sistema puede luego direccionar el reclamo hacia un proceso automatizado o asignarlo a un ajustador especializado para su tratamiento.

2) La Inteligencia Artificial aporta herramientas útiles para el reconocimiento temprano de situaciones de fraude. Actualmente existen aplicaciones que detectan indicios de fraude analizando las inflexiones de la voz y el lenguaje del denunciante, en un reclamo telefónico o en un diálogo por video. Las técnicas de Big Data y Machine Learning permiten detectar patrones de fraude en un siniestro determinado, basándose en la comparación con una enorme cantidad de situaciones similares, analizadas en tiempo real.

Si el siniestro es categorizado como simple, puede ingresar en un proceso automatizado de liquidación, reparación a través de una red de talleres autorizados de la aseguradora o, en su caso, pago de la indemnización o beneficio. Por ejemplo, la aseguradora estadounidense Lemonade posee un sistema de denuncia de siniestro guiada por chat-bots, que guía al asegurado para obtener el pago final del siniestro en cuestión de segundos, 3 segundos para ser exactos. [10]

Cabe destacar que, con la ayuda de las tecnologías de Big Data (inteligencia de datos) e IoT (internet de las cosas), es probable que en el área operativa de siniestros de las aseguradoras se incorpore su propia prevención. Por ej.: un

"dispositivo inteligente" o "caja negra" instalado en el vehículo de un asegurado puede detectar señales de conducción errática o "distraída" por su parte y enviarle una advertencia por vía electrónica. En el seguro del hogar, el sistema puede enviar una advertencia de tormenta eléctrica al asegurado, aconsejándole que desconecte determinados aparatos electrodomésticos. Abundan los posibles ejemplos y todos permitirían una importante disminución de la siniestralidad. (Bruggemann, 2018)

4.2. Desventajas:

El Insurtech se apoya en la recopilación y tratamiento mediante diferentes tecnologías de manera automatizada, por parte de las aseguradoras de los datos personales de los tomadores, asegurados, beneficiarios y terceros perjudicados, en otras palabras, utilizan la Big Data para alimentarse de información, de datos personales. Aquí, se plantea una dicotomía entre la protección de los datos personales que tenemos todas las personas y el desarrollo del Insurtech.

Esta es una cuestión que en Argentina se está debatiendo cada vez más, tal vez no aplicado al Insurtech específicamente, pero sí a la relevancia de proteger información privada que pueda ser utilizada para diferentes fines sin nuestra autorización.

En Europa este tema ya está zanjado, según el Reglamento general de protección de datos (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, que entró en vigor el pasado 25 de mayo de 2018 (art.99). A la vista de los datos gestionados por el sector de los tecnoseguros, tienen una especial importancia las definiciones de "datos personales" (art.4.1); de "datos genéticos" (art.4.13); y de "datos

biométricos” (art.4.14); y las medidas especiales de protección de dichos datos. Segundo, los requisitos especiales del art.99 de la LOSSEAR que regula la “protección de datos de carácter personal” en el mercado asegurador partiendo del principio general de que “las entidades aseguradoras podrán tratar los datos de los tomadores, asegurados, beneficiarios o terceros perjudicados, así como de sus derechohabientes sin necesidad de contar con su consentimiento a los solos efectos de garantizar el pleno desenvolvimiento del contrato de seguro” y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la LOSSEAR y en sus disposiciones de desarrollo.

Sin dudas, sería necesario que en Argentina se legisle sobre el tema incluyendo a nuestra normativa leyes similares a las que se aplican en el viejo continente.

5. *PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL*

Una vez analizado que es Insurtech, sus implicancias, sus ventajas y desventajas, analizaremos que significa el principio de la reparación plena para después poder analizar si el insurtech puede llevar a una reparación plena o por lo menos ayudar que así sea.

El principio de reparación plena está consagrado en nuestro derecho positivo por el art. 1740 del C.C.C que dice lo siguiente: “La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la

lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable”.

Pero no solo está consagrado en el C.C.C, innumerable jurisprudencia se expresa sobre el tema. En el fallo “Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros s/ accidente” dictado en el año 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que tanto el derecho a una reparación integral como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Fallos: 335:2333). (Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros s/ accidente, 2017). Es decir que este principio no solo tiene base en nuestro código, sino que va más allá, tiene base constitucional y convencional con lo relevancia jurídica que tiene serlo.

En otra parte del mismo fallo, la corte define lo que es para ella la reparación integral: “También se ha resuelto que es la violación del deber de no dañar a otro lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades. Dicha reparación no se logra si el resarcimiento —producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces— resulta en valores insignificantes

en relación con la entidad del daño resarcible. En síntesis, el principio de la reparación integral es un principio basal del sistema de reparación civil que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional”.

Las características de la reparación plena son:

A) No se debe dejar de resarcir ninguna proyección disvaliosa del hecho dañoso, si se dan los recaudos para aquello: Esta característica tiene que ver con lo integral que debe ser la reparación. Se debe resarcir todo el conjunto de daños según lo expresado por el C.C.C es decir tanto el daño patrimonial como el no patrimonial o moral.

B) No debe resarcirse un mismo daño, bajo distintos rúbricos o nomen iuris, más de una vez: Esta característica nos revela dos puntas de un mismo problema, el primero tiene que ver con la seguridad jurídica de no juzgar dos veces un mismo hecho y con ella el principio jurídico non bis in ídem, y la segunda tiene que ver con la claridad que debe tener el abogado al diferenciar los rubros indemnizatorios y no mezclarlos y a su vez el juez a la hora de sentenciar.

C) El monto indemnizatorio debe ser justo; ni escaso, ni exagerado: la tarea de cuantificación del daño sin dudas es la más engorrosa al momento de redactar una demanda. Existen dos extremos que pueden plantearse en torno a resolver la cuestión de la medida de la indemnización: o se deja librada la misma a la prudencia judicial, confiando en el principio iura novit curia y a la sana crítica del juez, o bien podemos regirnos de ciertas tabulaciones legales que deberán observar rígidamente los jueces. Esto último supone una planilla de cálculo donde la

determinación del menoscabo sufrido se traduce en una mera operación aritmética.

D) La indemnización no debe perder de vista los criterios de realidad económica y preservar la acreencia del envilecimiento del signo monetario hasta que la deuda sea cancelada.

E) Deben evitarse desigualdades intolerables a la hora de cuantificar la reparación de daños patrimoniales y morales similares.

F) La reparación del daño debe alcanzarse de manera oportuna, en tiempos razonables.

La reparación plena es un principio consolidado en nuestro orden normativo, el problema se suscita en su aplicación. Larga doctrina ha escrito sobre el tema, preguntándose si realmente se puede volver a la situación anterior del hecho dañoso, volviéndose una discusión más cercana a la filosofía que al derecho. Es por eso que el uso de herramientas externas podría optimizar y ejecutar de manera más eficiente el principio de reparación plena.

6. *EL INSURTECH Y UN CAMBIO DE PARADIGMA*

La inteligencia artificial va calando cada vez más profundo en el universo del seguro. Actualmente, al hacer un reclamo de un siniestro cualquiera en una compañía de seguro implica un gran desgaste físico y mental, a tal punto que hay personas que prefieren no hacerlo y pagar de su propio bolsillo con tal de no sufrir desgaste o perder el tiempo con estas empresas.

La inteligencia artificial podría ayudar a que eso no ocurra, a que a través de chat-robot o de algún otro método similar que pueda tabular un siniestro sin suplicaciones de contestaciones o de quejas constantes con trámites burocráticos infinitos. Se podría decir que Insurtech se centra en la simplificación del proceso de compra de seguros y la participación de los clientes tanto en el punto de venta como posteriormente una vez que ya ha ocurrido el siniestro.

Ahora, la pregunta que nos debemos hacer es: ¿El insurtech podría mejorar tanto el sistema de seguros que lograría que se cumpla el principio de la reparación plena? Si bien las empresas de seguros no son los encargados de aplicar la ley ni muchos menos, pero no cabe duda de que son parte fundamental del sistema y la parte más fuerte en una relación asimétrica. A menudo las empresas aseguradoras ponen infinidad de trabas al pedido del tercero damnificado y de su propio asegurado. Con ayuda de la inteligencia artificial se pueden detectar siniestros considerados simples y resolverlos en muy poco tiempo, tal vez en la etapa de la mediación sin tener que entrar en un litigio desgastante y prologado. Esto ayudaría que el sistema sea más eficaz y también lograr a una reparación integral.

Sería importante y de gran avance que las Insurtech empiecen a advertir este tipo de problemáticas y así, tratar de encontrar una solución acorde.

Se podría hacer una aplicación análoga a un juez artificial o “juez automático”, como lo hace la International Association for Artificial Intelligence and Law, no se trata de sustituir el criterio del juez por un programa, sino de ampliar y reforzar su capacidad de diagnóstico (CASANOVAS, 2021), el Insurtech

podría ayudar a desarrollar este tipo de habilidades para que así, la aseguradora sea más eficaz, no sustituyendo a los humanos pero si entregándoles elementos para reforzarlos y lograr mayores beneficios para los asegurados y los terceros damnificados.

Si incluimos la inteligencia artificial aplicada a los seguros, primero para poder contratar de manera eficiente y eficaz aplicado a las necesidades de cada uno, pero luego, también al momento que ocurre el siniestro donde empieza una etapa administrativa y posteriormente en una etapa judicial.

Pompeu se pregunta ¿Pero podrán estos sistemas constituirse en herramientas de apoyo a los profesionales? Muy probablemente sí. La posibilidad de contar con sistemas capaces de analizar a gran velocidad enormes volúmenes de documentación, para extraer de ellos pautas o mejores opciones de actuación ante supuestos concretos, parece posible y de gran utilidad para las partes que están juicio. Y es que en los últimos tiempos parece haberse producido un cambio de orientación de la tecnología. En vez de insistir en el complejísimo empeño de diseñar modelizaciones de los ordenamientos jurídicos, integrados con sistemas que imiten el funcionamiento del cerebro humano, se está procurando la obtención de máquinas que puedan interactuar con los humanos, destinadas a complementar las habilidades del pensamiento del cerebro.

En todos estos ejemplos podemos ver que las posibilidades que otorga Insurtech pueden llevar a un cambio de paradigma: de la indemnización de las consecuencias del riesgo a su prevención. ^[10]

El Insurtech sin ninguna duda puede revolucionar el mercado con la prevención de riesgos asegurables. Sin duda alguna

acceder a un seguro de cualquier tipo de bien es algo a que no todos tienen a su alcance, algunos por desconocimiento, otros por falta de dinero o simplemente porque el trámite muchas veces es engorroso y difícil de entender. Insurtech busca alterar ese tipo de modelos tradicionales explotando la gran cantidad de Big Data que liberan los temas.

7. *CONCLUSIÓN*

La aplicación de la Inteligencia Artificial en el ámbito de los seguros trae grandes beneficios tanto para los asegurados como para aseguradoras. Estamos entrando a este fenómeno reciente en nuestro país, no todos los conocen, pero sería muy importante que empecemos a familiarizarnos con él y que se expanda no solo para otras ramas del derecho sino también en nuestra vida cotidiana.

Es oportuno citar nuevamente a Guerrico: “Las nuevas tecnologías otorgan enormes posibilidades a las aseguradoras para prever el futuro comportamiento de sus asegurados y prevenir siniestros. Resulta probable que presenciemos, quizás a largo plazo, a un cambio del paradigma asegurador: de pagar siniestros a prevenirlos (mayores ingresos por la administración de los riesgos y menores ingresos por su cobertura asegurativa). Dicho sea de paso, este cambio estaría en línea con el que viene experimentando el Derecho de Daños a partir de los siniestros ambientales: evitar el daño es siempre mejor que intentar repararlo”. (Guerrico, 2019)

Asimismo, es necesario concluir que es imperiosa la necesidad de una legislación aplicada no tan solo al Insurtech sino a la inteligencia artificial aplicada a todo el ámbito del

derecho, para prevenir, por ejemplo, falencias en el deber de información que tienen las aseguradoras con sus clientes o hasta donde la inteligencia artificial puede utilizar nuestros datos personales. Actualmente se encuentra vigente en la Argentina la ley 25.326 de protección de datos personales, pero no tiene disposiciones sobre este tema.

La inteligencia artificial es la nueva Revolución Industria señalaba en una entrevista Juan Corbalan, sin duda que es así y nosotros como país deberíamos hacer de la IA una política pública aplicable a toda arte o profesión.

Bibliografía

Bruggemann, o. y. (2018). Obtenido de <https://www.mckinsey.com/industries/%20financial-services/%20our-insights/%20claims-in-the-digital-age#/>

Casanovas, P. (2021). *Derecho, tecnología, inteligencia artificial y web semántica. Un mundo para todos y para cada uno*, «Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. Volumen I.

Guerrico, M. Z. (2019). *LA LEY*. Obtenido de Insurtech. El impacto de las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora: <http://www.aidaargentina.com/wp-content/uploads/Insurtech-por-Zapiola-Guerrico.pdf>

McKINSEY. (2017). "*Insurtech-the threat that inspires*".

Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART S.A. y otros s/ accidente (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2017).

Pablos, O. y. (2017). *El sector del seguro, la transformación hacia el risk management integral y personalizado impact to go Tendencias del sEl sector del seguro, la transformación hacia el risk management integral y personalizado impact to go Tendencias del sector asegurador*. Obtenido de - https://www.minsait.com/sites/default/files/newsroom_documents/informetendenciasseguros17.pdf

Specialty, A. G. (2022). *Allianz Risk Barometer*. Obtenido de <https://www.agcs.allianz.com/content/dam/onemarketing/agcs/agcs/reports/Allianz-Risk-Barometer-2022.pdf>

The Economist IntelligenceUnit. (2018). Obtenido de https://perspectives.eiu.com/sites/default/files/Artificial_intelligence_in_the_real_world_0.pdf.

**EL CONTRATO COMO JUSTICIA CONMUTATIVA
VOLUNTARIA. PARTE III**

**THE CONTRACT AS VOLUNTARY COMMUTATIVE
JUSTICE. PART III¹**

James Gordley²
Universidad de Tulane

Hao Jiang³
Universidad Bocconi de Milán

Recibido: 30/06/2023 - Aceptado: 20/07/2023

Resumen: Al momento no existe una teoría unánimemente aceptada acerca de por qué los contratos obligan. Los autores proponen una que se basa en una idea que se remonta a tiempos de Aristóteles: el contrato como una cuestión de la justicia conmutativa voluntaria. En la Parte I del artículo los autores argumentan que esta teoría ofrece una mejor explicación sobre la obligatoriedad de los contratos que las teorías modernas que se basan en la autonomía y en la eficiencia. En la parte II y III muestran cómo esta teoría puede explicar las principales doctrinas del common law que gobiernan cuándo y cómo un contrato de cambio es obligatorio. Finalmente, en la parte IV, analizan los remedios por incumplimiento contractual.

Palabras clave: Teoría del contrato, Justicia conmutativa, Tradición aristotélica.

Abstract: At present, there is no generally accepted theory of why contracts are binding. We will propose one based on an

¹ Traducción de Javier Habib. Universidad de San Pablo-Tucumán.

² Profesor distinguido W.R. Irby de la Escuela de Derecho de Tulane; BA, MBA University of Chicago; JD Harvard Law School.

³ Profesor Asociado de Derecho Privado Comparado, Departamento de estudios jurídicos, Universidad Bocconi de Milán; LLB, Nanjing Audit University; JD, LLM, SJD, Tulane Law School.

idea that goes back to Aristotle: contract as voluntary commutative justice. In Part I, the authors of this article show why that explanation better accounts for the enforceability of contracts than modern explanations based on autonomy and efficiency. In Part II and III, they show how this theory can explain the principal common law doctrines that govern when and how a contract of exchange is enforced. Finally, in Part IV, the authors discuss remedies for breach of contract.

Keywords: Contract law theory, Commutative justice, Aristotelian tradition.

III. La voluntariedad en los contratos de intercambio

Según Aristóteles, como cuestión de justicia conmutativa, un contrato no debe enriquecer a una de las partes a expensas de la otra.⁴ Hemos visto que, ex ante, un contrato que es económicamente justo, no hace eso más que una apuesta justa. Según Aristóteles, tal transacción también debe ser voluntaria. La transacción es voluntaria si una parte recibe algo que valora más que lo que da a cambio.

Permitir que las personas hagan eso es el propósito del contrato de cambio. En esta parte concluiremos que si una parte no recibe algo que valora más de lo que da a cambio debido a un error, o un cambio de circunstancias, o incluso a un cambio de opinión, el contrato no debe ejecutarse, a menos que su inejecución sea económicamente injusta para la otra parte.

⁴ Ver ARISTÓTELES, *supra* nota 3, en V.iv 1132a–32b.

A. Una Idea de Sentido Común

Hemos presentado una noción de sentido común acerca de lo que significa que un intercambio sea voluntario. Se diferencia de las ideas más elaboradas de aquellos que construyen teorías contractuales con la idea de la voluntad o autonomía. Es muy similar a la de los economistas en la práctica, aunque no en la teoría.

1. Intercambio Voluntario y Autonomía

Los artífices de las teorías de la voluntad, antiguas y nuevas, necesitan de una idea más compleja de voluntariedad. Si una persona elige comprar un automóvil o un refrigerador, no es suficiente para ellos decir simplemente que en el momento de contratar esa persona quiere ese artículo más que su precio. Deben decir que su elección es una manifestación de su voluntad, o un ejercicio de su autonomía. Para que la voluntad o la autonomía sirvan como fundamento de una teoría del contrato, estos conceptos deben significar algo más que el simple hecho de que una parte eligió comprar un refrigerador o un automóvil.

En tales teorías, la voluntad o la autonomía de una de las partes explica por qué un contrato es vinculante, en el sentido de que luego del contrato esa parte no pueda cambiar de opinión. Sería de esperar que estas teorías expliquen por qué las partes se obligan por ciertos términos que nunca acordaron pero que el derecho sin embargo integra en el contrato. Sería de esperar, asimismo, que expliquen por qué ciertas partes no están

obligadas por ciertos términos que de hecho acordaron, pero que el derecho jamás ejecutaría por ser injustos. Como hemos explicado, las teorías basadas en la autonomía de la voluntad no pueden hacer nada de esto.

Dagan y Heller han tratado de basar una teoría del contrato en la autonomía de la voluntad aún reconociendo que las teorías que giran en torno a lo que constituye la libertad “han llegado a un callejón sin salida”.⁵ Notaron, correctamente, que “[a]ún la voluntariedad, que es la cuestión mas trans-substantiva, debería salvaguardarse con mejores herramientas divergentes, que varíen según los tipos contractuales y las esferas de la contratación.”⁶ La voluntariedad, de hecho, tiene un significado diferente en los contratos de intercambio que, por ejemplo, en los contratos donativos o en los contratos de matrimonio. En los contratos de cambio, sin embargo, la voluntad tiene el significado simple que hemos descrito. Una ventaja de esa simple idea de voluntariedad en el intercambio es que evita la plétora de significados que el término podría tener en otros arreglos voluntarios, o cualquier significado que supuestamente tenga cuando uno describe a la autonomía, en un sentido más amplio, como “el valor último del contrato”.⁷

Otra ventaja es que esta idea simple de voluntariedad evita confundir la cuestión de si un intercambio es voluntario, con la de si los términos del intercambio son justos. Que los términos sean justos depende de los riesgos que las partes hayan asumido, y de si han sido compensadas por asumir esos riesgos. Siempre que un contrato sea justo, las partes no necesitan comprender la importancia de estos riesgos, y la manera en que han sido compensados.

⁵ DAGAN & HELLER, supra nota 5, p. 10.

⁶ Id. p. 136.

⁷ Id. p. 16.

En realidad, es imposible que las partes comprendan todas las cláusulas a las que están obligadas. Algunos términos aparecen en contratos de adhesión que no se espera que sean leídos. Algunos términos serían imposibles de entender sin una educación legal. El intento reciente más ambicioso de abordar el problema de la falta de consentimiento es el trabajo *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis* de Robin Kar y Margaret Radin.⁸ Estos autores utilizan análisis lingüístico para identificar aquellos términos auxiliares no negociados que las partes de hecho acordaron. Intentan identificar estos términos mediante un sofisticado análisis de lenguaje, basándose especialmente en la distinción entre el significado del hablante y el significado de la oración. Proponen herramientas analíticas para distinguir los pseudo-contratos de los contratos. El objetivo de estos autores es preservar la libertad de contratación mediante la determinación de los términos que las partes realmente han acordado, dado el contexto lingüístico. Su análisis, sin embargo, se refiere a las dificultades procedurales para llegar a un consentimiento genuino. Pero todavía nos dejan con el problema de cómo explicar por qué las partes están obligadas por muchos términos que desconocían, y a los que no podrían haber dado un consentimiento significativo desde ningún punto de vista.

Según nuestro abordaje, una parte que firma un contrato justo para comprar una casa o un automóvil no necesita comprender el significado de cada uno de los términos. Si tuviera que hacerlo, la mayoría de la gente no podría comprar casas ni automóviles. Al separar la cuestión de si los términos son voluntarios de si son justos, evitamos los problemas de imaginar

⁸ Robin Bradley Kar & Margaret Jane Radin, *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*, 132 HARV. L. REV. 1138 (2019).

que todos los términos que vinculan a las partes son de alguna manera voluntarios.

2. Intercambio Voluntario y Preferencias Reveladas

A diferencia de Aristóteles, los economistas explican la elección en términos de “preferencias reveladas”. A pesar de la diferencia, las consecuencias prácticas son muy parecidas.

Como hemos visto, los economistas definen la eficiencia de Pareto como un estado en el que una de las partes no puede mejorar sin empeorar la situación de otra. Definen lo que hace que una parte esté mejor en términos de sus preferencias reveladas. A veces dicen que cuando una parte revela sus preferencias está maximizando la utilidad. En un momento, pensaron en la “utilidad” de la misma manera que un utilitarista clásico como Jeremy Bentham: se trataba de una cantidad de placer. Como observó Paul Samuelson, los economistas han “dejado de creer en la existencia de alguna magnitud o cantidad introspectiva de tipo numérico”.⁹ Definen la utilidad en términos de satisfacción de preferencias. La utilidad de una persona aumenta cuando esta es capaz de satisfacer más preferencias. Como señaló Samuelson, los economistas definen a las “preferencias” como lo que una persona realmente elige, independientemente de por qué lo eligen.¹⁰ “Así, el comportamiento del consumidor en el mercado se explica en términos de preferencias, que a su vez se definen sólo por el comportamiento. El resultado puede ser muy fácilmente

⁹ PAUL ANTHONY SAMUELSON, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS 91 (7th prtg. 1963) (apareciendo en la primera edición de 1947).

¹⁰ Ver id.

circular...”¹¹ Circular o no, los economistas afirman que lo único que están asumiendo es que las personas eligen ciertas acciones y no otras.

Los escritores de la tradición aristotélica habrían estado de acuerdo. Es cierto que para ellos la elección de una persona contribuye a su bienestar si es una elección sabia. Sin embargo, creían que un contrato debe hacerse cumplir aún cuando alguna de las partes haya actuado de manera tonta.¹² Más adelante adoptaremos la misma posición. Demostraremos que, en la práctica, el contrato de cambio es voluntario cuando las partes consideran que lo que reciben es de mayor valor que lo que dan. Esa comprensión de la voluntariedad concuerda con el sentido común. Elijo comprar un automóvil o un refrigerador porque vale más para mí que el precio que tengo que pagar.

El problema de explicar el derecho contractual en términos de eficiencia no está vinculado a la idea de los economistas de cuándo un intercambio es voluntario. El problema, como hemos visto, está en explicar por qué un contrato es vinculante cuando una de las partes ha cambiado de opinión, en el sentido de que lo que debe recibir no es ya más valioso para él que lo que debe dar. Como observó Calabresi, *ex ante*, se espera que el contrato mejore a cada parte, pero es posible que *ex post* no lo haga.¹³ Nuestra respuesta es que, en ese caso, no hay razón para que el contrato sea ejecutado, a no ser que la liberación de una de las

¹¹ Id. De manera similar, Arthur Leff dijo que es “definitivamente circular” decir

“lo que la gente hace es bueno, y su bondad puede ser determinada por ... lo que ... ellas hacen.” Arthur Allen Leff, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, 60 VA. L. REV 451, 458 (1974).

¹² Comparar LESSIUS, *supra* nota 41, en lib. 2, cap. 18, dub. 1, no. 10, y MOLINA, *supra* nota 40, en disp. 271, no. 4, con SOTO, *supra* nota 80, en lib. 4, q. 7, a. 1 (argumentando que una promesa que es suficientemente imprudente no puede ser obligatoria, aunque sea en la consciencia).

¹³ Ver Calabresi, *supra* nota 67, p. 1226–27.

partes sea injusta para la otra. Los economistas no pueden dar esa respuesta porque no hablan de equidad, sino de eficiencia.

B. Reevaluando la Doctrina del Common Law

Esta sección discutirá las doctrinas del error, frustración del fin y la lesión [unconscionability].

1. Las Doctrinas del Error y Frustración del Fin

Las doctrinas del error y frustración del fin del contrato tienen que ver con la voluntariedad. Tienen una relación entre sí, similar a la que tienen las doctrinas de la lesión [unconscionability] y la causa [consideration] con la doctrina de la imposibilidad. Como hemos visto, las dos primeras refieren a si un contrato es económicamente injusto al momento en que se lo hizo; la última refiere a si el contrato se ha tornado injusto. De manera similar, la doctrina del error refiere a si un contrato fue involuntario al momento en que se lo celebró, y la frustración del fin refiere a si se ha tornado involuntario.

El Second Restatement of Contracts reconoce que estas dos doctrinas están íntimamente relacionadas.¹⁴ No reconoce, sin embargo, que el error y la frustración del fin refieran a la involuntariedad. De acuerdo con el Second Restatement, se debe otorgar compensación por error cuando el error refiere a “una suposición básica” que tuvo “un efecto material en el intercambio de prestaciones acordado”.¹⁵ Un problema de esta formulación, como vimos al discutir la doctrina de la imposibilidad, es que la expresión “suposición básica” no tiene

¹⁴ Ver RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRS. § 152(1)–(2) cmts. a–b (AM. L. INST. 1981).

¹⁵ Id. § 152(1).

un significado claro. Pero otro problema tiene que ver con el requisito de que el error deba tener un “efecto material” en el intercambio acordado. Lo que importa es si la transacción fue involuntaria debido al error, incluso si no tuvo tal efecto. Suponga que una parte acuerda comprar el artículo 699 de un catálogo, creyendo que es una cortadora de césped, cuando resulta ser un juego de palos de golf. La razón para otorgar reparación es que el cumplimiento exigido por el contrato es uno al que el comprador nunca estuvo de acuerdo. No tiene nada que ver con el valor relativo de la cortadora de césped y los palos de golf.

Un contrato no cumple su finalidad a menos que sea voluntario en el sentido de que cada parte recibe algo que valora más de lo que da a cambio. En consecuencia, la única razón por la que una parte debería quedar obligada en contra de su voluntad es que su liberación sea económicamente injusta para la otra parte.

Un contrato es involuntario en este sentido cuando los bienes o servicios de que trata no sirven a los fines del comprador. El hecho de que sea económicamente justo otorgar reparación depende normalmente de una distinción que está implícita en los casos judiciales, pero que los jueces no mencionan explícitamente. Los bienes o servicios pueden ser inadecuados para los propósitos de los compradores en general, o pueden ser inadecuados solo para los propósitos de un comprador en particular. Normalmente, en el primer caso, dar remedio no es económicamente injusto para el vendedor; en el segundo caso, es económicamente injusto.

Un contrato de cambio normalmente compensa a cada parte por el riesgo de recibir un precio menos favorable si espera para contratar más adelante. Cada parte renuncia a la posibilidad de

recibir una oferta más favorable de un tercero para evitar el riesgo de recibir una oferta menos favorable. Si los bienes o servicios fueran inadecuados para los fines del comprador, el vendedor no habría renunciado a la oportunidad de realizar un intercambio voluntario con otra persona. El contrato ya no está asignando el riesgo de obtener un precio menos favorable. Ejecutar tal contrato sería económicamente justo sólo cuando las partes estuvieran intentando asignar un riesgo muy diferente: el riesgo que surge si no se sabe a qué fines servirán los bienes o servicios en cuestión.

En contraste, si los bienes o servicios no son adecuados para los fines de un comprador en particular, pero si son adecuados para los fines de los compradores en general, normalmente sería económicamente injusto otorgar una compensación. El vendedor perdería entonces la garantía de no recibir un precio menos favorable. Otorgar compensación sería económicamente justo sólo si el comprador hubiera pagado un monto adicional para que el vendedor asuma un riesgo que no asumiría si contratara con otra persona. Esta distinción explica la manera en que los tribunales han estado aplicando la doctrina del error y de la frustración del fin.

a. Prestaciones Inadecuados para los Fines de los Compradores en General

Una de las razones por las que los bienes o servicios pueden ser inadecuados para los fines de los compradores en general es que no puedan ser usados para lograrlos. En tales casos, los tribunales han dado alivio. Un contrato de venta de un fundo rural se anuló por error cuando “el único propósito del contrato era permitir que los demandados cultivaran jojoba” y no había

suficiente agua para ello.¹⁶ Lo mismo sucedió con un contrato de venta de un fundo que las partes creían adecuado para construcción, y resultó ser que las restricciones legales impedían que el comprador pudiera construir.¹⁷ También lo fue un contrato de venta de una moneda rara, de interés para coleccionistas, siempre y cuando la moneda fuera genuina, pero resultó ser una falsificación.¹⁸ De manera similar, en *Griffith v. Brymer*, se anuló un contrato por error en el que los demandados alquilaban un departamento a un precio elevado para ver la procesión de coronación del rey Eduardo VII.¹⁹

En este caso, las partes contrataron una hora después de que se hubiera tomado la decisión de operar al rey, lo que hacía imposible la procesión. En *Krell v. Henry*, las partes celebraron un contrato similar antes de que se tomara la decisión de cancelar la procesión.²⁰ La corte dio remedio por frustración del propósito. En un caso clásico de Nueva York, *Alfred Marks Realty Co. v. Hotel Hermitage Co.*, el tribunal aplicó la doctrina de la frustración del fin porque el demandado acordó colocar un anuncio en el programa que se imprimiría en ocasión de una carrera internacional de yates a llevarse a cabo en septiembre de 1914.²¹ El anuncio habría sido inútil porque las carreras se cancelaron debido a al estallido de la Primera Guerra Mundial.

Una segunda razón por la que los bienes o servicios de un contrato puedan ser inadecuados para los propósitos del comprador es que, aunque parezcan servirlos, ningún comprador con esos propósitos en mente los compraría si supiera la verdad.

¹⁶ *Renner v. Kehl*, 722 P.2d 262, 265 (Ariz. 1986).

¹⁷ Ver *Rancourt v. Verba*, 678 A.2d 886, 886–87 (Vt. 1996); *Gartner v. Eikill*, 319 N.W.2d 397, 398, 400 (Minn. 1982).

¹⁸ Ver *Beachcomber Coins, Inc. v. Boskett*, 400 A.2d 78, 78–79 (N.J. App. Div. 1979).

¹⁹ Ver, en general, (1903) 19 T.L.R. 434 (KB Div.).

²⁰ Ver *Krell v. Henry* (1903) 2 KB 740.

²¹ Ver 156 N.Y.S. 179, 179–80 (N.Y. App. Div. 1915).

Los bienes en cuestión son valiosos porque sirven algún otro propósito. Si se mantiene la eficacia del contrato, el comprador que solo desea cumplir con su propósito original los revenderá, y comprará algo más barato que sea igualmente aceptable para sus propios propósitos. En tales casos, los tribunales han otorgado acciones. En el famoso caso de *Sherwood v. Walker*, una vaca de un linaje distinguido, que valía mucho si podía criar, fue vendida por poco ya que era reputada estéril.²² Según la opinión mayoritaria, el comprador quería la vaca por su carne. Pero la vaca estaba preñada en el momento de la venta. Hubiera sido físicamente posible sacrificar la vaca, pero ningún comprador habría comprado una vaca fértil de cría para ese propósito. El tribunal otorgó una acción por error.

Lo mismo ocurre cuando las partes se equivocan sobre si una joya, una antigüedad, una obra de arte, o un instrumento musical es genuino. Físicamente, uno puede usar un anillo, sentarse en una silla, decorar una pared con una pintura, o tocar un piano, ya sea que el diamante del anillo sea real o no, la silla sea un Sheraton, la pintura un Rembrandt o el piano un Steinway. Pero si el propósito de uno pudiera ser servido por una imitación, uno no pagaría el precio del artículo genuino. Los tribunales han otorgado acciones cuando, por ejemplo, los violines vendidos como Stradivarius, Guernerius y Bernardel eran imitaciones.²³

Por el contrario, es económicamente justo hacer cumplir el contrato cuando las partes no estaban seguras de los propósitos que servirían los bienes o servicios en cuestión. Los tribunales han denegado revocación por error cuando las partes celebraron

²² Ver 33 N.W. 919, 923 (Mich.1887).

²³ Ver *Smith v. Zimbalist*, 38 P.2d 170, 171 (Cal. App. 1934); *Bentley v. Slavik*, 663 F. Supp. 736, 742 (S.D. Ill. 1987).

el contrato a pesar de ese riesgo.²⁴ *Sherwood* era un tal caso según una opinión minoritaria, que decía que el comprador entendió que la vaca podía ser estéril pero la compró para ver si podía lograr que se reprodujera.²⁵ De ser así, la venta debería haberse confirmado. De manera similar, hay reclamos denegados en el caso venta inmobiliaria, en el caso en que una roca de composición desconocida resultó ser un diamante sin tallar, y en un caso en el que se había vendido una caja fuerte cerrada que contenía dinero en efectivo.²⁶ Se denegó acción cuando las partes no sabían quién había pintado dos obras de arte y optaron por no verificarlas, y cuando un tasador expresó dudas acerca de la autenticidad de una escopeta Parker A-1 antigua, pero las partes siguieron adelante con la venta de todos modos.²⁷ También se denegó acción cuando una pintura, que los críticos generalmente creían que era obra de Albert Bierstadt, resultó ser obra de John Ross Key.²⁸ Quienes compran y venden arte deben reconocer que las atribuciones de los críticos de arte, incluso cuando son ampliamente aceptadas, son intrínsecamente inciertas. Una parte que compra o vende arte asume ese riesgo.

²⁴ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 154(b) (AM. L. INST. 1981) (“Una parte soporta el riesgo de error cuando ... (b) es consciente, al tiempo de la celebración del contrato, que tiene un conocimiento limitado de los hechos relacionados al error, pero trata su conocimiento limitado como suficiente...”).

²⁵ 33 N.W. p. 924 (*Sherwood, J.*, en desacuerdo).

²⁶ Ver *Lewanee Cnty. Bd. of Health v. Messerly*, 331 N.W.2d 203, 210 (Mich. 1982); *Wood v. Boynton*, 25 N.W. 42, 44 (Wis. 1885); *City of Everett v. Estate of Sumstad*, 631 P.2d 366, 368 (Wash. 1981).

²⁷ Ver *Estate of Nelson v. Rice*, 12 P.3d 238, 241 (Ariz. Ct. App. 2000); *Cydrus v. Houser*, No. 98CA2425, 1999 Ohio App. LEXIS 5746, en *9 (Ohio Ct. App. Nov. 29, 1999).

²⁸ Ver *Firestone & Parson, Inc. v. Union League of Phila.*, 672 F. Supp. 819, 821 (E.D. Pa. 1987).

b. Una Prestación Inadecuada para el Propósito de un Particular Comprador

Cuando los bienes o servicios solo son inadecuados para los propósitos de un comprador en particular, el vendedor podría haberlos vendido a otros compradores que sí los quieren. Si el comprador pudiera anular el contrato por no poder utilizar la prestación para sus fines particulares, estaría privando al vendedor de su garantía de que no tendrá que aceptar un precio menos favorable que otro comprador este dispuesto a pagar. En consecuencia, dicho comprador debe arriesgarse a que la prestación sirva sus propósitos particulares o, en su caso, pedir al vendedor una garantía especial de que la prestación puede ser utilizada para sus fines particulares. Como en ese caso le estaría pidiendo al vendedor que asuma un riesgo adicional, el vendedor le cobrará una cantidad adicional. Si el comprador no está dispuesto a pagar esa garantía, o si el vendedor no está dispuesto a dársela, no es injusto para el comprador tener que correr el riesgo de que la prestación le termine siendo inadecuada.

No sorprende, entonces, que a menudo se haya denegado acción por error cuando los bienes o servicios eran adecuados para los propósitos de los compradores en general, pero no para los de un comprador particular. Se confirmó la validez de un contrato en el que un vendedor había vendido un armario antiguo que el comprador descubrió que no podía usar porque era demasiado grande para caber con sus otros muebles. También fue denegada la acción en un caso en que se había vendido una draga diseñada para tender tuberías, que el comprador terminó descubriendo que no podía usar sin

efectuarle ciertas modificaciones.²⁹ En este caso, el tribunal denegó la acción porque había sido el demandante quien “se equivocó al suponer que la draga era adaptable, sin modificación, al uso que él tenía en mente”.³⁰

Lo mismo ocurre con la doctrina de la frustración del fin. Se denegó acción en el caso en que un comprador estadounidense de pieles de cordero no pudo recibir la mercadería que había comprado a un canadiense para su reventa, debido a regulaciones de importación más estrictas. Como señaló el tribunal, “el resto del mundo estaba allí dispuesto para el comprador ... como destinatarios del envío.”³¹ Los bienes no servían para los propósitos de este comprador en particular, pero habrían podido servir para los propósitos de otros. En estos casos, dar alivio privaría al vendedor de un beneficio que habría tenido si hubiera estado tratando con compradores para quienes los bienes hubieran sido adecuados.

A veces, sin embargo, el vendedor no contrata para evitar el riesgo de tener que vender la misma prestación a otra persona a un precio más bajo. En tales casos, los tribunales han otorgado medidas cautelares por frustración del fin incluso cuando el fin frustrado era el de un sólo comprador en particular, y no el de los compradores en general. En *La Cumbre Golf & Country Club v. Santa Bárbara Hotel*, la empresa hotelera había celebrado un contrato con Club de Campo y Golf por el que los huéspedes del hotel podrían jugar en el campo de golf.³² La empresa hotelera no tuvo que pagar cuando el hotel se incendió y no hubo más huéspedes. En *Chase Precast Corp. v. John J. Paonessa Co.*, el estado de Massachusetts había contratado a

²⁹ Ver *Valiulis v. L'Atelier Wholesale Antiques*, 519 So. 2d 312, 313 (La. Ct. App. 1988); *Anderson Bros. v. O'Meara*, 306 F.2d 672, 673 (5th Cir. 1962).

³⁰ *Anderson Bros.*, 306 F.2d p. 675.

³¹ *Swift Canadian Co. v. Banet*, 224 F.2d 36, 38 (3d Cir. 1955).

³² 271 P. 476, 476 (Cal. 1928).

una empresa constructora para reemplazar una franja de pasto en una calle con barreras de concreto.³³ El contratista contrató a un subcontratista para que construyera las barreras. El proyecto fue cancelado a causa de protestas de residentes enojados. El contratista había pagado por todas las barreras que el subcontratista ya había producido. El tribunal sostuvo que no tenía que pagar por el lucro cesante generado por el hecho de no tener que construir las que aún quedaban, según el contrato. Ni el club de golf, ni el contratista, estaban vendiendo una prestación que ahora tenían que revender a otra persona que pudiera pagar un precio más bajo. En consecuencia, dar alivio no era económicamente injusto para ninguno de ellos.

2. La Doctrina de la lesión [Unconscionability]

Hemos dicho que un contrato de cambio es voluntario cuando una parte valora más lo que recibirá que lo que dará a cambio. A veces ocurre que los contratantes efectúan intercambios de manera voluntaria, pero se equivocan de sobremanera acerca del valor que tendrá para sí mismo lo que recibirá. Creemos que tales contratos deben hacerse cumplir.

Sin embargo, en casos raros, tales contratos han sido considerados lesivos [unconscionable] ya que el vendedor sabía que el comprador no se beneficiaría. Tal regla fue adoptada por el Uniform Consumer Credit Code, que establece que se dará acción por “lesión” [“unconscionability”] cuando hubiera “conocimiento por parte del vendedor ... al momento de la

³³ 566 N.E.2d 603, 605 (Mass. 1991).

venta ... de la incapacidad del consumidor de obtener beneficios sustanciales del bien o servicios vendidos o alquilados”.³⁴

El Uniform Consumer Credit Code da dos ilustraciones sobre cuándo procede la acción.³⁵ En la primera, un vendedor puerta-a-puerta vendió dos aspiradoras a dos personas en situación de vulnerabilidad que compartían el mismo apartamento y la misma alfombra. En el otro, un vendedor de puerta-a-puerta le vendió a un trabajador hispano una enciclopedia en inglés. El trabajador era soltero y solo hablaba español.

De acuerdo con otra disposición del Uniform Consumer Credit Code, un contrato puede considerarse lesivo [unconscionable] cuando hubo “creencia, por parte del vendedor, locador o mutuante, de que no existe una probabilidad razonable de pago total de la obligación por parte del consumidor o deudor”.³⁶ Hay préstamos hipotecarios que han violado ambas disposiciones ya que, como era sabido por el prestamista, el prestatario tendría que pagar un alto porcentaje de sus pequeños ingresos.³⁷ Luego de la crisis de 2008, muchos propietarios de viviendas sostuvieron que las empresas los habían seducido para tomar créditos que no podían pagar. En *Commonwealth v. Fremont Investment and Loan*, el Fiscal General de Massachusetts inició una acción alegando que una serie de préstamos de alto riesgo eran “injustos” en el sentido de la Ley de Protección al Consumidor porque la tasa de interés aumentaría en tres años a más del 50% de los ingresos de los

³⁴ UNIF. CONSUMER CREDIT CODE § 5.108(4)(b) (NAT’L CONF. OF COMM’RS ON UNIF. STATE L. 1974).

³⁵ Ver id. § 5.108(4)(b) cmt. 4.

³⁶ Id. § 5.108(4)(a).

³⁷ *Veer Hughes v. Abell*, 867 F. Supp. 2d 76, 82 (D.C. Cir. 2012) (explicando que la cuota mensual “llegaba aproximadamente al 46% de [su] salario mensual de \$3,511.83”); ver también *Williams v. First Gov’t Mortg. & Invs.*, 225 F.3d 738, 743 (D.C. Cir. 2000) (estableciendo que el prestatario tenía una casa de siete personas y “un ingreso disponible de más o menos \$1,200, y más de la mitad era destinada a cubrir pagos mensuales de \$686”).

prestatarios.³⁸ El mutuante argumentó que los préstamos fueron hechos “con la expectativa, razonable en ese momento”, de que podrían ser refinanciados, ya que “los precios de la vivienda mejorarían durante el plazo introductorio del préstamo”.³⁹ La Corte Suprema de Massachusetts dijo que “era irrazonable, e injusto para el mutuario, que [el mutuante] estructure sus préstamos sobre un optimismo tan insoportable.”⁴⁰

Uno puede simpatizar con los tribunales que dan alivio. Sin embargo, en estos casos, el intercambio fue voluntario, en el sentido de que la parte que repudiaría el contrato, pensó al celebrarlo que la ejecución valía más para él que lo que debía dar a cambio. No se equivocó en cuanto a la prestación o el precio. Fue una tontería contratar. Un aristotélico diría que eligió, pero eligió imprudentemente.

Otorgar acciones en tal caso es peligroso. Los vendedores no querrían tratar con alguien que a la postre pudiera argumentar que actuó imprudentemente. Además, los tribunales serían capaces de poner su juicio del valor de las prestaciones por sobre el de las partes. Los jueces no lo hacen cuando otorgan acciones por injusticia económica. Cualquiera, en efecto, puede beneficiarse de un precio más favorable. Los jueces ponen su juicio por encima del de las partes cuando deciden que una de las partes fue imprudente al valorar tanto el objeto por el que pagó.

Parece obvio que dos personas de bajos recursos, que comparten una sola alfombra, no necesitan de dos aspiradoras. Pero ¿es obvio que el trabajador-soltero de habla hispana no puede usar la enciclopedia? Si lo es, el tribunal le está diciendo: “Tienes razón en reclamar puesto que la prestación no era para

³⁸ Ver 897 N.E.2d 548, 550–51 (Mass. 2008).

³⁹ Id. p. 558.

⁴⁰ Id.

ti”. Puede parecer obvio que los prestatarios de *Hughes*, *Williams* y *Fremont* terminarían quebrando. Sin embargo, otorgar un remedio legal es decirles: “No importa cuán valioso pueda ser para usted ser dueño de esa casa, pero es una tontería intentar adquirirla cuando las probabilidades están en contra de que pueda llegar a pagarla”. Todos los inversores a veces experimentan un “optimismo insoportable”. También lo hacen los estudiantes que se inscriben en colegios y universidades de cuatro años. Se estima que el 40% no se graduará dentro en seis años. “Incluso [diez] años después de la graduación, el 32% de los graduados universitarios terminan con trabajos que [no] requieren un título universitario...”⁴¹ ¿Debería un tribunal decir: “Invertir sus propios ahorros de la manera en que lo ha hecho es demasiado peligroso”? Hay ocasiones —las leyes sobre drogas son un ejemplo— en que el derecho de una persona a elegir es reemplazado por el derecho a actuar como otra persona lo haría. Establecer esto como un principio general del derecho contractual es infringir una libertad que es muy valiosa: la libertad de asumir la responsabilidad de las propias decisiones, sabias o insensatas.⁴²

3. Términos Auxiliares Ofensivos

Un contrato de cambio es voluntario cuando las partes valoran más lo que recibirán que lo que darán a cambio. En consecuencia, para celebrar dicho contrato voluntariamente, las partes deben conocer lo que deben recibir y lo que deben dar.

⁴¹ Douglas Belkin, Making the College Bet Pay Off, WALL ST. J. A3, Dec. 11, 2018.

⁴² Ver James Gordley, Morality and Contract: The Question of Paternalism, 48 WM. & MARY L. REV. 1733, 1758 (2007).

Generalmente, es suficiente que las partes comprendan los términos principales del contrato: el precio y el objeto. No importa si entienden los términos auxiliares siempre que sean económicamente justos. A veces, sin embargo, un término auxiliar puede ser tan ofensivo que afecta el valor de lo que una de las partes debe dar o recibir. Entonces, el intercambio puede ser involuntario.

El derecho que se ocupa de estos términos ofensivos está poco desarrollado. Excepto por la doctrina de la lesión [unconscionability], no existe una doctrina general que pueda usarse para brindar acciones; además de que la doctrina de la lesión [unconscionability] rara vez se aplica.

Algunas situaciones son tratadas con leyes especiales. Por ejemplo, algunos tipos de conducta ofensiva pueden violar prohibiciones de discriminar por raza o género. No se puede incluir un término contractual que viole tales disposiciones. La dificultad radica en que puede haber términos ofensivos no previstos en las leyes especiales.

Otras situaciones son tratadas como violaciones al orden público. La dificultad de este enfoque es que sólo brinda protección contra cláusulas que puedan ofender la dignidad o principios morales de una persona, cuando la ofensa esté también ofendiendo el orden público. Como lo expresó la Corte Suprema de Illinois, “[E]l orden público se refiere a lo que es correcto y justo y lo que afecta colectivamente a los ciudadanos del Estado. Se encuentra en la Constitución y las leyes del Estado y, ante el silencio, se debe buscar en sus decisiones judiciales”.⁴³ “[L]as cuestiones que son objeto del orden public[o]” son distintas “de las cuestiones puramente

⁴³ *Palmateer v. Int'l Harvester Co.*, 421 N.E.2d 876, 878 (Ill. 1981).

personales”.⁴⁴ Una ofensa al sentido de la dignidad, o las normas morales, de una persona puede ser puramente personal, y no afectar a los ciudadanos del estado colectivamente.

Típicamente, las violaciones al orden público se dan cuando los contratos establecen sanciones a la parte que se niegue a violar una ley que beneficie a terceros o se niegue a renunciar a un beneficio legal establecido para ella misma. Por ejemplo, es una violación del orden público exigir a un empleado a cometer perjurio,⁴⁵ participar en la fijación de precios,⁴⁶ modificar los informes de control de contaminación exigidos por el estado,⁴⁷ realizar un procedimiento médico para el cual no tenía licencia,⁴⁸ violar la ley de protección al consumidor,⁴⁹ o ocultar la violación de un estatuto que prohíbe el robo.⁵⁰ Sin duda, la contravención al orden público violaría los estándares morales de un ciudadano respetuoso de la ley, y quizás también violaría su sentido de la dignidad, pero esto sólo porque sus normas morales requieren que sea respetuoso de la ley y, por lo tanto, obedezca los estatutos que se preocupan por el bienestar de los demás. También es una violación del orden público exigir que se renuncie al beneficio de leyes que tienen por objeto promover su propio bienestar. Por ejemplo, un empleador no puede prohibir a su empleado que se afilie a un sindicato, o que

⁴⁴ Id.

⁴⁵ *Ver* Petermann v. Int'l Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen & Helpers of Am., Local 396, 344 P.2d 25, 27 (Cal. Ct. App. 1959).

⁴⁶ *Ver* Tameny v. Atl. Richfield Co., 610 P.2d 1330, 1331, 1334 (Cal. 1980).

⁴⁷ *Ver* Trombetta v. Detroit, Toledo & Ironton R.R., 265 N.W.2d 385, 388 (Mich. Ct. App. 1978).

⁴⁸ *Ver* O'Sullivan v. Mallon, 390 A.2d 149, 149–50 (N.J. Super. Ct. 1978).

⁴⁹ *Ver* Harless v. First Nat'l Bank, 246 S.E.2d 270, 276 (W. Va. 1978).

⁵⁰ *Ver* Vermillion v. AAA Pro Moving & Storage, 704 P.2d 1360, 1361 (Ariz. Ct. App. 1985).

presente un reclamo de compensación laboral.⁵¹ En tales casos, sus normas morales y su sentido de la dignidad son violadas sólo porque podría considerar inmoral o servil tener que eludir una ley diseñada para su propia protección.

En otro tipo de casos, la parte que busca argumentar que una cláusula ofende su sentido de la dignidad o normas morales también debe argumentar que viola el orden público tal y como queda expresado en las leyes o decisiones judiciales.⁵² Hay ciertas demandas que han tenido éxito, pero las dificultades implicadas pueden ser ilustradas con un caso de Arizona, *Wagenseller v. Scottsdale Memorial Hospital*.⁵³ Una empleada del hospital alegó que fue despedida por haber ofendido a su supervisora al negarse a participar en una obra de teatro que parodiaba la canción *Moon River*, la cual concluía con destapes. El tribunal entendió que exigir a un empleado a exponer sus nalgas era una violación del orden público ya que una ley estatal que prohíbe la exposición indecente “establece una política clara de que la exposición pública del ano o los genitales es contraria a las normas públicas de moralidad”.⁵⁴

Con todo, según este razonamiento, los límites del derecho del empleador de despedir a la actora dependen de una decisión de la legislatura sobre qué conducta criminalizar. El tribunal en cuestión se otorgó cierto margen de maniobra al decir que hubiera alcanzado el mismo resultado aún cuando el empleador no hubiera violado la ley, siempre que se observara una

⁵¹ *Ver* Glenn v. Clearman’s Golden Cock Inn, 13 Cal. Rptr. 769, 771 (Ct. App. 1961); Frampton v. Cent. Ind. Gas Co., 297 N.E.2d 425, 427 (Ind. 1973).

⁵² *Ver* Wagenseller v. Scottsdale Mem’l Hosp., 710 P.2d 1025, 1031 (Ariz. 1985).

⁵³ *Ver id.* p. 1035 (diciendo que “todos los espectadores eran voyeurs y no se ofenderían”).

⁵⁴ *Id*

violación a la política subyacente.⁵⁵ Pero esta flexibilidad fue removida por una ley posterior de Arizona, que estableció que una violación al orden público debe ser una violación de la ley.⁵⁶

Supongamos que no hay ley en Arizona que prohíba la exposición indecente. Supongamos que la obra de teatro requería que la demandante se desnude hasta lo que constituya el mínimo legal de ropa que se debe usar sin violar el estatuto. Supongamos que lo que se le dijo a la demandante era que se presente en un evento de playa de la compañía usando un bikini o un traje de baño de dos piezas y que ella se hubiera negado a hacerlo, aunque otras empleadas no se hayan opuesto. El empleador no debería tener el derecho contractual de exigir ningún tipo de comportamiento que un empleado considere degradante o moralmente ofensivo simplemente porque la legislatura no lo tipificó como delito. Además, como ilustra el ejemplo del bikini, el estándar personal de dignidad y moralidad de un empleado puede violarse aún cuando no lo haría al de otras personas.

Un mejor enfoque sería entonces enfrentar la pregunta de una manera directa: ¿cuándo es que una intrusión a los estándares personales de dignidad o moralidad justifican una acción contractual que se base sólo en ese causa? En tales casos, los tribunales podrían dar alivio en base a que el término es lesivo [unconscionable] aunque no sea económicamente injusto. Es útil distinguir los casos en los que una intrusión a estos estándares

⁵⁵ Ver id.

⁵⁶ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 23-1501(A)(3) (2018) (“Un empleado tiene acción contra el empleador por terminación del contrato sólo si una o más de estas circunstancias ocurren: ... (b) El empleador ha terminado la relación laboral en violación de una ley de este estado.”). Según un tribunal de Arizona, “la legislatura previó una excepción expresa a la indicación de la corte [en *Wagenseller*] que ella, en lugar de la legislatura, tiene la autoridad para definir orden público.” *Galati v. Am. W. Airlines, Inc.*, 69 P.3d 1011, 1013 n.2 (Ariz. Ct. App. 2003).

favorece los intereses de la otra parte y los casos, como *Wagenseller*, en los que no lo hace.

Si un término contractual favorece los intereses de una parte, quien lo encuentre ofensivo no debería gozar de acción si los conoció cuando celebró el contrato, a menos que no haya tenido otra alternativa razonable que aceptar. El Second Restatement of Contracts proporciona un buen principio general: “Cuando la otra parte tenga razones para creer que la parte que manifiesta tal asentimiento no lo haría si supiera que el escrito contiene un término en particular, el término no es parte del acuerdo.”⁵⁷ Por el contrario, si la parte que manifiesta su asentimiento tiene razones para creer que la otra parte no sabría que cierto término es ofensivo para él, debe preguntar si el contrato contiene tal término.

Supongamos que una mujer es contratada para trabajar en una joyería y firma un contrato en el que se compromete a cumplir con los procedimientos de seguridad. Suponga que uno de los procedimientos requiere que pase por un detector de metales que toma fotografías de desnudos que serán vistas por una empleada mujer. Pocas mujeres se opondrían a que no se exija al empleador a llamar la atención sobre ese tipo de procedimiento en el proceso de contratación de una empleada. Si las fotografías fueran vistas por empleados y empleadas, suficientes mujeres se opondrían, y el empleador debería estar obligado a informar sobre esta cláusulas a futuras empleadas.

Como ejemplo adicional, Stephen Curry, jugador estrella del equipo campeón de la NBA en 2017, los Golden State Warriors, se negó a visitar la Casa Blanca y reunirse con el presidente Donald Trump, debido a sus diferencias políticas. Supongamos

⁵⁷ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 211(3) (AM. L. INST. 1981).

que a Curry, en su contrato de trabajo con los Warriors, se le exige que visite la Casa Blanca y se reúna con el presidente. Supongamos que ese término estuviera enterrado entre los otros, por lo que es poco probable que él lo sepa a menos que le fuera señalado explícitamente. Si hubiera sido costumbre que los campeones de la NBA visiten la Casa Blanca sin importar quién es el presidente, un jugador profesional como Curry debería haber conocido el término, o ser presumido como que lo conocía y que por tanto debía preguntar si asumía la obligación de visitar al presidente. Si no hubiera sido costumbre, entonces si su empleador sabía que Curry podría objetar, su empleador debería haberle dicho que tendría que hacer la visita.

Una persona que sabe del término ofensivo puede, sin embargo, no tener otra alternativa razonable que aceptarlo. Puede estar actuando en una emergencia. Supongamos que una mujer embarazada rompió bolsa inesperadamente a las 4:00 a.m. y cuando la llevaron de urgencia al hospital más cercano para someterla a una cesárea, firmó un acuerdo que permitiría al hospital filmar toda la operación y mostrársela a estudiantes de medicina con fines educativos. Debido a que suficientes mujeres se opondrían, el hospital debería llamarle la atención sobre este término. Sin embargo, incluso si lo hiciera, la cláusula no debería ser obligatoria. La razón no es sólo que la mujer la habría encontrado ofensiva y no tenía otra alternativa razonable, sino también que el hospital puede educar adecuadamente a los estudiantes de medicina filmando el parto de mujeres que no se opongan a estas cláusulas.

Supongamos que a un empleado se le informó cuando fue contratado que estará sujeto a un código de vestimenta establecido y modificado periódicamente por un comité ejecutivo. Supongamos que el empleado es judío y el comité le

prohíbe usar kipá. Si el trabajo es en la industria de servicios y requiere contacto diario con los clientes por parte de los empleados que visten con un casco de uniforme, el término responde al interés del empleador, quien debería poder exigir al empleado que se vista como los demás.⁵⁸ Si el empleador tenía razones para creer que el empleado objetaría, el empleado debería haber sido advertido de este requisito con anticipación. Si la prohibición de usar un kipá no contribuye en nada al negocio del empleador, el empleador no debería poder prohibirlo.

Esta distinción fue ignorada en *Pierce v. Ortho Pharmaceutical Corp.*⁵⁹ La demandante, Dr. Grace Pierce, “era la única médica de un equipo de profesionales que estaba desarrollando loperamida, un fármaco líquido para el tratamiento de la diarrea en bebés, niños y ancianos. La formulación propuesta contenía sacarina”.⁶⁰ El “equipo estuvo de acuerdo con que la fórmula no era adecuada para niños”.⁶¹ Dr. Pierce se negó a continuar trabajando en el proyecto cuando, en respuesta a una directiva de la división de marketing, se tomó la decisión de seguir desarrollando el fármaco. Aunque la empresa la invitó a optar por trabajar en otro proyecto, ella renunció alegando que la nueva asignación equivalía a una degradación, y que le habían dicho que nunca sería promovida,

⁵⁸ La Corte Suprema hizo una distinción similar en *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986), sosteniendo que la garantía de libertad de religión de la primera enmienda no se violó cuando a un rabino que prestaba servicio en la Fuerza Aérea se le prohibió usar la kipá. La disposición no fue arbitraria, según el tribunal, porque, en “[e]l considerado juicio profesional de la Fuerza Aérea[,] . . . el equipamiento tradicional del personal con uniformes estandarizados fomenta la subordinación de las preferencias e identidades personales a favor de la misión general del grupo”. Id. en 508.

⁵⁹ 417 A.2d 505, 513 (N.J. 1980).

⁶⁰ Id. p. 506–07.

⁶¹ Id. p. 507.

debido a su “incapacidad para relacionarse con el personal de marketing”.⁶² El tribunal estuvo de lado de la empleadora.

Con el enfoque que estamos sugiriendo, la Dr. Pierce debería haber prevalecido en el juicio en tanto fuera capaz de probar que la empresa podría haberla asignado a otro proyecto, sin perjudicar sus intereses, y sin degradarla o disminuir sus responsabilidades o perspectivas de promoción. En cambio, el tribunal desestimó su demanda con el argumento de que, dado que no se le había pedido que violara un estatuto, su creencia de que estaba violando su juramento hipocrático no importaba. Desafectarla no era “contrario a un claro mandato de orden público”⁶³.

Hasta ahora, hemos estado discutiendo situaciones en las que la cláusula que una parte encuentra ofensiva sirve a algún interés de la otra parte. Existen, sin embargo, cláusulas que no lo hacen. Exigir el cumplimiento de tales cláusulas es arbitrario. En tales casos, la cláusula no debe de ser vinculante, sin importar que la parte que la encuentre ofensiva pueda haberla esperado.

Un ejemplo es *Wagenseller*. La cláusula en cuestión, que sus empleados expusieran sus nalgas, no favorecía en modo alguno al interés del hospital. Otro ejemplo sería que los empleados deban asistir a un evento anual de la oficina en la que el CEO se exprese en términos innecesariamente ofensivos. Por ejemplo, el CEO habitualmente hace bromas raciales o sexuales. Aquellos que las encuentren ofensivas no deberían estar obligados a asistir. Ello es así aún cuando aquellos que no asistan no sean miembros de la raza o género que se ridiculiza, y por lo que no puedan alegar discriminación contra ellos mismos por motivos de raza o sexo.

⁶² Id.

⁶³ Id. p. 513–14.

Tales términos no deben ser obligatorios porque la prestación requerida no era querida. Aunque se trate de términos auxiliares, la prestación que requieren debe ser entendida y aceptada conscientemente por los empleados. Caso contrario el contrato es involuntario. En contraste, si los términos son económicamente justos, como hemos visto, deberían ser vinculantes aún cuando una de las partes no sea consciente de ellos.

IV. Remedios por Incumplimiento Contractual

En el que ha sido llamado el artículo de investigación más influyente que se haya escrito, Lon Fuller y William Perdue argumentaron que el remedio normal por incumplimiento contractual protegía el “interés de expectativa”, que es el interés de “que se me coloque en una posición tan buena como si el contrato se hubiera cumplido”.⁶⁴ Comenzaron su artículo diciendo que “las reglas jurídicas sólo pueden entenderse con referencia a los fines que sirven”.⁶⁵ Hemos visto por qué un contrato de intercambio es obligatorio. Si el contrato es económicamente justo, cada parte es compensada por asumir el riesgo de que el contrato sea desventajoso. Permitirle que se eche atrás es como permitirle que revoque una apuesta justa. De ser así, Fuller y Perdue se equivocaron al concluir que el propósito del remedio normal de incumplimiento contractual es proteger el interés de expectativa. El remedio adecuado haría eso sólo por coincidencia. El remedio apropiado debería ser el

⁶⁴ L.L. Fuller & William Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 YALE L.J. 52, 54 (1936) (énfasis omitido). Esta posición ha sido reconocida por el RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 344 (AM. L. INST. 1981).

⁶⁵ Fuller & Perdue, *supra* nota 259, p. 52.

de otorgar el valor de la apuesta; debe compensar a la parte cumplidora por los riesgos que asumió la parte incumplidora.

Al hablar del interés de expectativa, Fuller y Perdue señalaron: “No es ... fácil explicar por qué la regla normal” pone a la parte en tan buena posición como si el contrato se hubiera cumplido. Aunque algunos dicen que hacerlo compensa a la parte que no incumple, “en este caso ‘compensamos’ al demandante dándole algo que nunca tuvo”.⁶⁶ Hacer eso, sugirieron, es una manera indirecta de proteger el interés perdido [reliance interest]. Algunas pérdidas son difíciles de probar. Por ejemplo, las “‘ganancias evitadas’ por la confianza, es decir, los detrimentos involucrados en la pérdida de oportunidad de celebrar otros contratos”.⁶⁷ Poner al demandante donde habría estado si el contrato se cumpliera “es una cura ... en el sentido de que ofrece la medida de recuperación más probable para reembolsar al demandante por los (a menudo muy numerosos y muy difíciles de probar) actos y abstenciones que constituyen su confianza en el contrato.”⁶⁸

Si estuvieran en lo correcto, la ejecución de los contratos buscaría proteger a la parte que asumió gastos por confiar en una promesa. El remedio normal, en principio, sería la compensación por la pérdida sufrida por confiar. La predicción de Grant Gilmore se habría hecho realidad: *La muerte del contrato* habría llevado al surgimiento de un derecho diferente, muy parecido a la responsabilidad extracontractual.⁶⁹

Pero eso no puede ser así. Los contratos son obligatorios incluso cuando las partes cambian su posición antes de la prestación. Los daños surgidos por la confianza no son el

⁶⁶ Id. pp. 52-53.

⁶⁷ Id. p. 60.

⁶⁸ Id.

⁶⁹ Ver en general GILMORE, *supra* nota 1.

remedio normal. Cada parte contrata para cerrar un trato favorable, uno en el que cada parte asume ciertos riesgos y es compensado por los riesgos que asume. Sería circular decir que al hacerlo, las partes confían la una en la otra porque olvidan la oportunidad de contratar en términos similares con otra persona. La razón por la que cada parte desea contratar con alguien es la de cerrar un trato favorable.

En consecuencia, el propósito de darle a una parte algo que nunca tuvo es el mismo que el de permitir que un asegurado cobre la cantidad adeudada según lo establecido por la póliza. Se pagó a la compañía de seguros para que asumiera ese riesgo, y no se le debe permitir retractarse cuando el riesgo se materializa.

A. El Riesgo de Recibir un Precio Menos Favorable

Como hemos visto, cuando las partes de un contrato acuerdan un precio lo que hacen es protegerse contra el riesgo de recibir un precio menos favorable. Cuando la parte cierra el contrato, como en el caso de la póliza de seguros, debe tener el beneficio del precio que se le garantizó.

En consecuencia, el remedio típico es y debería ser el de permitir que la parte que no incumple obtenga ese beneficio. Coincidentemente, ese remedio a menudo coloca a una parte en una posición tan buena como si el contrato se hubiera cumplido. El cumplimiento específico permite que una parte reciba la prestación que se le prometió al precio establecido en el contrato. La indemnización por daños y perjuicios debería otorgarle la diferencia entre el precio menos ventajoso ahora disponible para él y el precio del contrato. Las fórmulas son bien conocidas. En un contrato de compraventa de bienes, el comprador recibe la diferencia entre el precio de mercado más

alto y el precio del contrato. El vendedor recibe la diferencia entre el precio del contrato y el precio más bajo de mercado o reventa. La parte que se obligó a prestar un servicio recibe la diferencia entre el precio del contrato y los costos ahorrados por el incumplimiento. La parte para la que se iba a realizar el servicio recibe el costo de completarlo menos el precio del contrato.

Estos remedios protegen lo que Fuller y Purdue llamaron el “interés de expectativa” del demandante.⁷⁰ Pero hacerlo no es un fin en sí mismo. El fin es obligar a cada una de las partes a la asignación de riesgos a la que cada una de ellas convino cuando contrataron. A veces, ese fin se logra poniendo a la parte no incumplidora en una posición tan buena como la que habría tenido si se hubiera cumplido el contrato, pero a veces no es así. Examinaremos dos situaciones en las que no lo es.

1. La Parte que no Incumple Está Peor: El Vendedor del Volumen Perdido

La parte que no incumple puede estar peor a causa del incumplimiento, no porque se haya visto obligada a aceptar un precio menos favorable, sino porque se haya perdido de realizar una venta adicional. La doctrina ortodoxa le permite recuperar la cantidad extra que habría ganado en la venta si el comprador no hubiera incumplido el contrato. Ese sería el resultado adecuado si la protección del “interés de expectativa” fuera un fin en sí mismo. Según nuestro enfoque, no lo es, ya que la parte que no incumplió no se vio privada de su garantía de que no tendría que vender a un precio menos favorable.

⁷⁰ Fuller & Purdue, supra nota 259, p 54 (énfasis omitido).

La sección 2-708(2) del Uniform Commercial Code permite la recuperación de “la ganancia [...] que el vendedor habría obtenido del pleno cumplimiento por parte del comprador”.⁷¹ Un ejemplo es *Neri v. Retail Marine Corp.*⁷² El comprador había comprado un barco de un modelo específico a un distribuidor de barcos. Seis días después, el comprador notificó al vendedor que deseaba rescindir el contrato ya que estaba a punto de ser hospitalizado y operado. Cuatro meses más tarde, el barco encargado por el comprador y recibido por el distribuidor fue vendido a otro comprador, por el precio que el primer comprador había acordado pagar. El primer comprador era responsable del precio del contrato menos los costos que el comerciante se ahorró en no tener que adquirir otro barco. El comerciante estaba peor de lo que hubiera estado si se hubiera cumplido el contrato con el primer comprador.

Debido a sus problemas médicos, el barco ya no valía más para el primer comprador que el dinero que tenía que pagar por él. El intercambio se había vuelto involuntario en el sentido que hemos descrito antes. Hemos sostenido que cuando eso sucede, incluso si la razón fuere que una de las partes cambió de opinión, el contrato no debe ejecutarse, a menos que sea económicamente injusto para la otra parte.

En el caso del vendedor de un volumen perdido, no es económicamente injusto. Las partes contratan a un precio determinado para evitar el riesgo de recibir un precio menos favorable. En *Neri*, el vendedor no recibió un precio menos favorable. Si el contrato no es ejecutado, él no se vería perjudicado. Si el contrato es ejecutado, estaría protegido contra el riesgo de que el comprador tenga que pagar por una cosa que

⁷¹ U.C.C. § 2-708(2) (AM. L. INST. & NAT’L CONF. OF COMM’RS ON UNIF. STATE L. 2017).

⁷² Ver en general 285 N.E.2d 311 (N.Y. 1972)

no desea. Ese riesgo es como el que crean los jugadores cuando apuestan ante un lanzamiento de moneda. Si ninguna de las partes estuviera obligada por los términos de la apuesta, ninguna se vería perjudicada. Cuando existe un riesgo de daño que una de las partes debe soportar, las partes adversas al riesgo lo colocarán en la parte que pueda soportarlo más fácilmente. Pero las personas que son adversas al riesgo no estarán prestas a celebrar un contrato que crea un riesgo de daño que existe sólo si el contrato es vinculante.

Supongamos que hay dos comerciantes de barcos ubicados uno al lado del otro, en competencia. Un posible comprador va primero a uno, luego al otro y luego de regreso al primero, buscando términos más favorables. Supongamos que negocia acerca de cuánto se le cobraría si se le concediera el privilegio de revocar unilateralmente. La presión de la competencia llevaría a cada distribuidor a otorgarle ese privilegio sin cargo adicional. Cada comerciante se daría cuenta de que si el comprador no se echa atrás, venderá un barco extra. Si el comprador revoca, no perderá nada.

2. Cuando la Parte que No Incumple No Está Peor

En los casos que acabamos de discutir, la parte que no está incumpliendo está peor que si el contrato hubiera sido ejecutado, pero no porque tuviera que aceptar un precio menos favorable que el que le garantizaba el acuerdo. En raras situaciones, la parte que no incumple puede terminar no estando peor, aunque tenga que aceptar un precio menos favorable.

Un ejemplo es *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*.⁷³ El demandado se obligó a venderle lechuga al demandante por \$0.09 la libra. Cuando el precio subió, el demandado incumplió el contrato y vendió la lechuga a un tercero a un precio más alto. El demandante recuperó comprando lechuga al precio más alto, que procesó y revendió a terceros. Sin embargo, el demandante no salió peor parado, porque sus contratos para revender la lechuga no eran de precio fijo, sino de costo más ganancia. En consecuencia, pudo trasladar el precio más alto que pagó a sus clientes. El tribunal otorgó al demandante la diferencia entre el precio más alto que pagó por la lechuga y el precio del contrato. Ese resultado sería erróneo si el propósito de otorgar un remedio fuera poner al demandante en una posición tan buena como la que habría tenido si se hubiera cumplido el contrato. Sin embargo, el tribunal llegó al resultado correcto. Las partes apostaron sobre si el precio de la lechuga subiría o bajaría, y la parte que no incumplió ganó la apuesta. Debido a que aseguró su apuesta, recibió una ganancia inesperada. Si no se le permitía recuperar, la ganancia inesperada tenía que ir a la parte que incumplió; es decir, a la parte que perdió la apuesta. Lo que es más, el contrato garantizaba a la parte incumplidora que recibiría el precio del contrato incluso si el precio de la lechuga bajaba. La parte que no incumplió proporcionó esa garantía. No debería importar que bajo las circunstancias especiales del caso, la parte que no incumplió proporcionó esa garantía sin riesgo para sí misma.

⁷³ Ver en general 42 Cal. Rptr. 2d 286 (Ct. App. 1995).

B. El Riesgo de los Daños Consecuenciales

Una consecuencia del incumplimiento contractual es que la parte que no incumple puede verse obligada a aceptar un precio menos favorable que el que se le garantizó. Pero también pueden surgir otras consecuencias adversas. Si nuestro enfoque es correcto, el hecho de que la parte que no incumple pueda recuperarlos depende de si las hipótesis adversas se encuentran entre los riesgos que asumió la parte que incumplió. Decir que lo que se protege es su interés de expectativa oscurece este tipo de cuestión. Ya que esta teoría sugiere que la no incumplidora debe estar en una posición tan buena como si el contrato hubiera sido cumplido, sin análisis ninguno, acerca de los riesgos que asumió la parte incumplidora y fue compensada por asumir.

Si las consecuencias adversas de un incumplimiento serían muy similares para cualquier comprador o cliente de la parte incumplidora, normalmente esta puede asumir el riesgo de las consecuencias al costo más bajo, y será compensada por asumirlo cobrando a cada comprador o cliente un poco más. El vendedor está en la mejor posición de prever y controlar el riesgo de incumplimiento y distribuir ese riesgo entre transacciones similares. Si las consecuencias adversas difieren de un cliente a otro, el vendedor seguirá siendo compensado si cobra un precio más alto a aquellos clientes para quienes es probable que las consecuencias adversas sean anormalmente grandes. Pero el vendedor no sería compensado si cobrara a todos sus compradores o clientes el mismo precio aunque, para algunos de ellos, las consecuencias adversas de un incumplimiento sean mucho más probables que para otros. El vendedor no debe ser responsable ante una parte que sufre un

daño anormalmente grande a menos que esa parte haya pagado una cantidad adicional para que él asuma ese riesgo adicional.

El Common Law a menudo protege al vendedor contra la responsabilidad por tales daños invocando la regla de *Hadley v. Baxendale*.⁷⁴ En ese caso, el molino del demandante se detuvo por la avería de un eje. El demandante contrató al demandado para que transporte el eje a un fabricante así lo pueda usar como modelo para fabricar uno nuevo. El incumplimiento contractual consistió en un retraso del transporte, y el accionante demandó por las ganancias que perdió debido a que el molino estuvo detenido por un prolongado período de tiempo. El tribunal denegó el petitorio alegando que ese daño no era previsible en el momento en que se celebró el contrato.

Si nuestro enfoque es correcto, no debería importar si el daño era previsible al momento en que se celebró el contrato. Lo que debería importar es si el demandado fue compensado por asumir el riesgo de que el daño ocurriera. En *Hadley*, la empresa de transporte no fue compensada por asumir ese riesgo. Presuntamente, la compañía de transporte cobró la misma cantidad por transportar el eje en cuestión que habría cobrado por transportar cualquier otra cosa del mismo peso y volumen a la misma distancia. Podría haber incluido una cantidad extra por cubrir el riesgo de daño que un incumplimiento pueda ocasionar a un cliente típico. Pero no hay prueba de que la demandada le haya cobrado a la demandante una cantidad adicional por correr el riesgo de ser responsable en caso de que el molino se detenga por un tiempo. Un contrato es económicamente justo cuando cada parte es compensada por los riesgos que el contrato le atribuye. Habría sido injusto responsabilizar al demandado.

⁷⁴ (1854) 9 Exch. 341.

Los tribunales, a menudo, han aplicado la regla de *Hadley*, a pesar de que el daño del demandante sea previsible, siendo el daño anormalmente grande, y el precio del contrato no ajustado para reflejar tal riesgo. *Hadley* mismo pudo haber sido un caso así. Según se lee en el caso, “el demandante le dijo al demandado que el molino estaba parado”.⁷⁵ Victor Goldberg ha demostrado que esa nota no era errónea.⁷⁶ Dos años luego de la decisión, John William Smith y Sir Henry Signer Keating, patrocinantes de *Baxendale* y *Hadley* respectivamente, fueron coautores de una selección de casos destacados, en la que señalaron que el demandante le dijo al transportista que el molino estaba detenido.⁷⁷

El Second Restatement of Contracts acepta la regla de *Hadley* de que “[l]os daños no son recuperables por pérdidas que la parte incumplidora no tenía motivos de prever . . . al momento del contrato.”⁷⁸ Sin embargo, en una ilustración basada en *Hadley*, el Restatement explica que la razón por la cual un tribunal podría denegar resarcimiento es que los daños sean desproporcionadamente altos.

A, un camionero privado, se obliga ante B a entregar en su fábrica una máquina que acaba de ser reparada y sin la cual la fábrica de B, como A sabe, puede reabrir. La entrega se retrasa porque el camión de A se descompone. En una acción de B contra A por

⁷⁵ Id. en p. 341.

⁷⁶ Ver VICTOR P. GOLDBERG, *RETHINKING THE LAW OF CONTRACT DAMAGES* 166–67 (2019). Ver Venkatesan Niranjan, *The Contract Remoteness Rule: Exclusion, Not Assumption of Responsibility* (2017), en ANDREW DYSON, JAMES GOUDKAMP & FREDERICK WILMOT-SMITH, *DEFENCES IN CONTRACT* 187, 198–99 (2017).

⁷⁷ Ver JOHN WILLIAM SMITH & SIR HENRY SINGER KEATING, *A SELECTION OF LEADING CASES ON VARIOUS BRANCHES OF THE LAW: WITH NOTES* 431 (1856).

⁷⁸ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTS. § 351(1) (AM. L. INST. 1981).

incumplimiento contractual, el tribunal puede, después de tomar en consideración ciertos factores tales como la ausencia de un contrato escrito y la extrema desproporción entre el lucro cesante de B y el precio de los servicios de transporte, excluir la recuperación por lucro cesante.⁷⁹

De hecho, hay una serie de casos que se remontan casi hasta *Hadley*, que niegan resarcimiento cuando los daños fueron desproporcionados, aunque hayan sido previsibles.⁸⁰

La regla de *Hadley* fue el resultado de una peculiaridad de la historia del derecho en cuanto a que se reemplazó una regla anterior que limitaba el resarcimiento de daños desproporcionadamente altos. El tribunal de *Hadley* adoptó una regla propuesta por Robert Pothier, un jurista francés del siglo XVIII, que pasó al Código Civil francés.⁸¹ Pothier siguió la

⁷⁹ Id. § 351 illus. 17.

⁸⁰ Ver *Postal Instant Press, Inc. v. Sealy*, 51 Cal. Rptr. 2d 365, 373–75 (Ct. App. 1996) (no haciendo lugar al pedido del franquiciante de regalías futuras del franquiciado); *Sundance Cruises Corp. v. Am. Bureau of Shipping*, 7 F.3d 1077, 1084 (2d Cir. 1993) (decidiendo por el no recupero de pérdidas ocasionadas por defectos de un barco que el defendido había certificado no tener); *Armstrong Rubber Co. v. Griffith*, 43 F.2d 689, 691 (2d Cir. 1930) (sin dar compensación al daño causado al negocio del demandante generado por la entrega de cubiertas defectuosas por parte del demandado); *McEwen v. McKinnon*, 11 N.W. 828, 830 (Mich. 1882) (sin compensar la pérdida de ganancia de una industria cuando el demandado falló en entregar una caldera); *Snell v. Cottingham*, 72 Ill. 161, 170 (1874) (no reconoció pérdidas ocasionadas por el no uso de una avenida que no fue construida y entregada a tiempo); *Moulthrop v. Hyett*, 17 So. 32, 33–34 (Ala. 1895) (sin reconocer daños por pérdida de ganancias cuando el defendido no pudo entregar una maquina para secar ladrillos con la capacidad prometida, a pesar de que el tribunal agregó que los daños eran remotos y especulativos); *Fleming v. Beck*, 48 Pa. 309, 312 (1864) (sin dar compensación por ganancia perdida de un molinero); *Armstrong & Latta v. City of Philadelphia*, 94 A. 455, 458 (Pa. 1915) (sin dar compensación por la ganancia que podría haber obtenido el dueño de una maquina si le hubiera sido devuelta a tiempo). Para más casos, ver Larry T. Garvin, *Disproportionality and the Law of Consequential Damages: Default Theory and Cognitive Reality*, 59 OHIO ST. L.J. 339, 345–60 (1998).

⁸¹ Ver REINHARD ZIMMERMANN, *THE LAW OF OBLIGATIONS: ROMAN FOUNDATIONS OF THE CIVILIAN TRADITION* 830 (1990).

sugerencia de un jurista francés del siglo XVI llamado Charles du Moulin.⁸² Du Moulin estaba perplejo ante una regla de derecho romano que limitaba los daños que el demandante podía recuperar en algunos contratos al doble del precio del contrato.⁸³ Pensó que su fundamento “es que muy probablemente no se previó o pensó que se sufriría un daño mayor o que había un riesgo más allá del objeto principal que el objeto principal mismo.”⁸⁴ Pothier ignoró la regla romana y reafirmó el razonamiento de du Moulin, que terminó convirtiéndose en una regla por derecho propio: “La persona que debe una prestación esta obligada sólo por los daños que uno pueda haber previsto en el momento de la celebración del contrato que el acreedor podría sufrir.”⁸⁵ Si nuestro enfoque es correcto, los romanos tenían razón. Los daños deben limitarse cuando son desproporcionadamente altos. Nuestra ley actual es el producto de dos errores: uno de Du Moulin en cuanto a su estimación de la razón de ser de la regla, y el otro de Pothier, que sustituyó la razón por la regla misma.

La justificación de la regla, según Baron Alderson, en su opinión en *Hadley*, es que “de haberse conocido las circunstancias especiales [que provocaron un daño imprevisto] las partes habrían previsto términos especiales para el incumplimiento contractual”.⁸⁶ Eso puede ser, pero ¿Por qué suponer que la parte infractora está dispuesta a ser responsable de daños previstos si no acepta correr ese riesgo? ¿Por qué habría aceptado sin cobrar una cantidad extra?

⁸² Ver id. at 829.

⁸³ Ver id. (donde se discute el intento de Du Moulin’s de racionalizar C. 7.47.1).

⁸⁴ CAROLUS MOLINAEUS, TRACTATUS DE EO QUOD INTEREST no. 60 (1574).

⁸⁵ Robert Pothier, *Traité des obligations*, en 2 OEUVRES DE POTHIER 497 (Bugnet ed., 2d ed. 1861).

⁸⁶ *Hadley v. Baxendale*, (1854) 9 Exch. 341, 355.

Las defensas económicas más sofisticadas de la regla se han basado en la misma suposición. Según Posner, la regla de la previsibilidad “induce a la parte que tiene conocimiento del riesgo a, tomar las precauciones apropiadas por sí misma o, si cree que la otra parte podría ser la más eficiente en prevenir o distribuir la pérdida (aseguradora), a revelar el riesgo a esa parte, y pagarle para que lo asuma.”⁸⁷ De acuerdo con Ian Ayres y Robert Gertner, la regla de la previsibilidad obligará a la parte que sabe que el daño puede ocurrir a aceptar la responsabilidad por ello o a transmitir esa información a quien pueda prevenirlo mejor.⁸⁸ Si no, presumiblemente, se negará a aceptar la responsabilidad. Si la parte que recibe la información acordó asumir la responsabilidad y cobrar extra por ese supuesto, debería ser responsable. El problema es que la regla de la previsibilidad no exige que esa parte esté de acuerdo, sino simplemente que esté informada y, una vez informada, pueda prever la pérdida que pueda ocurrir.

V. Distribución de Riquezas Injusta: Injusticias Que el Derecho de Contratos No Puede Remediar

Hay otros casos en los que un contrato es injusto y, sin embargo, el derecho de los contratos no puede proporcionar un remedio adecuado. Como se señaló anteriormente, una función del mercado es racionar el precio de los bienes para aquellos que están dispuestos a pagar más por ellos. A cualquier precio por debajo del fijado en un mercado competitivo, habría colas de personas que desearían comprar. Los bienes irían a quienquiera

⁸⁷ POSNER, supra nota 72, p. 141.

⁸⁸ Ian Ayres & Robert Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 YALE L.J. 87, 101 (1989).

que sea el primero en la fila, o tenga amigos que puedan ayudarlos a obtenerlos.

Acaso sea justo racionar los bienes según los precios de mercado depende de si es justa la distribución del poder adquisitivo en la sociedad. Estos son asuntos que Aristóteles diría se refieren a la justicia distributiva más que a la conmutativa.⁸⁹ La justicia distributiva asegura, en la medida de lo posible, que cada ciudadano posea una porción justa de los recursos. La justicia conmutativa preserva esa porción. Los contratos son una cuestión de justicia conmutativa. Permiten que cada parte reciba algo que quiere más de lo que da a cambio, sin que una se enriquezca a expensas de la otra. La doctrina de la lesión [unconscionability] no puede ser de ayuda en un mundo en que las personas son demasiado pobres como para pagar por atención médica básica y una vivienda digna.

Los precios de los contratos—por ejemplo, el salario que se paga por el trabajo—afectan el acceso a bienes que la gente puede adquirir. Rakoff tiene razón cuando dice:

[S]i vamos a ser realistas sobre el derecho de los contratos, en el momento actual, las leyes que establecen salarios mínimos, por ejemplo, son una parte tan importante del derecho de los contratos como lo es la tradicional Ley de Fraudes ... [N]osotros vivimos en una sociedad de mercado, donde para sobrevivir uno tiene que participar en el mercado una y otra vez y en donde la distribución básica de la riqueza tiene se realiza a través del mismísimo mecanismo del contrato.⁹⁰

⁸⁹ Rakoff, *supra* nota 174, p. 737.

⁹⁰ *Id.* en pp. 736–37.

Por la misma razón, Dagan y Heller tienen razón en cuanto a que un contrato de trabajo es un tipo de contrato diferente al intercambio ordinario.⁹¹ Lo describiríamos como un tipo de contrato mixto. Los salarios pagados, las condiciones de trabajo y el tipo de trabajo deben reflejar tanto la justicia conmutativa voluntaria del intercambio, como el nivel de vida que la justicia distributiva debe promover. Para nosotros, eso es una ilustración del valor de distinguir entre justicia distributiva y conmutativa. Si la distribución de la riqueza es injusta, los contratos que celebre la gente serán injustos y, todavía, los tribunales se enfrentarán con este dilema: parecerá incorrecto tanto ejecutar tales contratos como anularlos.

En *Carboni v. Arrospide*, una persona en condiciones de vulnerabilidad pidió prestada una gran suma de dinero al 200% de interés para pagar los gastos médicos de familiares en el Perú.⁹² El tribunal sostuvo que el contrato era desproporcionado [unconscionable] y dio una explicación inconsistente. Según el tribunal, fue sustancialmente desproporcionado [substantive unconscionability] porque el prestatario fácilmente podría haber obtenido términos más favorables. Fue procedimentalmente desproporcionado [procedurally unconscionable] porque no pudo obtener una mejor tasa debido a su mal crédito, y nadie le iba a prestar por menos. Si el tribunal tenía razón al discutir este último punto entonces el prestatario debería haber recibido la tasa de interés para una persona con su crédito en un mercado competitivo. La tasa de interés reflejaba las escasas perspectivas de que pudiera devolver el dinero al prestamista. Si los tribunales se negaran a hacer cumplir tales contratos, otras personas en la posición del demandado tendrán que dejar a sus

⁹¹ Ver DAGAN & HELLER, supra nota 5, p. 96.

⁹² 2 Cal. Rptr. 2d 845, 846 (Ct. App. 1991).

familiares sin atención médica en lugar de acceder a prestamos. Al mismo tiempo, hacer cumplir un préstamo a una tasa de interés del 200% parece escandaloso.

En casi todos los Estados, los contratos de arrendamiento contienen una garantía implícita de habitabilidad, que requiere que el inmueble debe ser apto para la habitación humana.⁹³ Suponga que una persona de bajos recursos se interesa en alquilar un apartamento en ruinas, en el que observa ratas y cucarachas; el arrendador le informa que la calefacción se apaga periódicamente en invierno, la plomería a veces falla, el techo gotea y que no tiene intención de arreglar estas fallas. El propietario está dispuesto a alquilar por \$100 al mes (que es todo lo que el inquilino puede pagar) siempre y cuando el inquilino acepte tomar las instalaciones tal y como están, sin garantía de habitabilidad. En la mayoría de los Estados, esta garantía es irrenunciable.⁹⁴ En el lenguaje del derecho contractual, la renuncia estaría viciada [would be unconscionable]. Sin embargo, es probable que si el propietario asumiera esta responsabilidad sin cobrar más renta, operaría a la pérdida. Si los tribunales sostienen que la renuncia es nula, es posible que el inquilino no encuentre un lugar donde vivir con lo que pueda pagar. Si el tribunal acepta la renuncia, el arrendador estaría alquilando un local que no es apto para habitación humana. Este no es un problema que el derecho de contratos pueda resolver. Solo puede resolverse garantizando que la gente pueda pagar atención médica y viviendas adecuadas.

Un dilema similar puede aparecer en condiciones de escasez a corto plazo. Un caso de Texas, decidido en 1960, sin ninguna

⁹³ Ver 1 MILTON R. FRIEDMAN, *FRIEDMAN ON LEASES* app. p. 10A-2 (5th ed., 2005).

⁹⁴ Ver JESSE DUKEMINIER ET AL., *PROPERTY: CONCISE EDITION* 325 (2014).

referencia a la doctrina de la lesión [unconscionability], confirmó un préstamo de \$29 en dracmas griegas a una mujer en la Grecia ocupada por los nazis.⁹⁵ Ella había acordó devolver \$2,000 al prestamista. Si el tribunal hubiera tenido que aplicar la doctrina de lesión [unconscionability], es difícil saber si debería haber validado el contrato o no. Durante la ocupación nazi, muchos griegos murieron de hambre. Para esa mujer, \$29 pueden haber significado la diferencia entre la vida y la muerte. El precio de un préstamo de esa cantidad, en un mercado competitivo, puede haber sido enorme por la misma razón que una cantimplora de agua puede tener un precio enorme para personas que están en un bote salvavidas con muy poco para beber. La vida y la muerte no puede ser racionada en términos de precio. Parece indignante que el prestamista le haya cobrado tanto a esta mujer para sobrevivir. Sin embargo, es paradójico negarse a hacer cumplir el contrato. Ella es la que sobrevivió, y se benefició del mismo sistema de racionamiento de precios del que se queja.

Un problema del óptimo de Pareto, como hemos visto, es que un contrato puede dejar a ambas partes mejor ex ante y dejar a uno de ellos peor ex post. Otro problema es que ignora la injusticia que resulta de la distribución del poder adquisitivo. Según Calabresi, por “el test de Pareto”, un cambio es deseable si “hace que alguien en esa sociedad esté mejor y nadie en ella empeore”.⁹⁶ Supuestamente, ese cambio es deseable “por extraño o nefasto que sean los puntos de partida y gustos que definan, y por escandalosas que fueran las distribuciones de riqueza y poder que nuestro derecho creó o dio por sentado.”⁹⁷

⁹⁵ Ver *Batsakis v. Demotsis*, 226 S.W.2d 673, 675 (Tex. Civ. App. 1949).

⁹⁶ Calabresi, *supra* nota 67, en p. 1215.

⁹⁷ *Id.* en 1216.

La mala distribución de la riqueza y el poder nada tienen que ver con la eficiencia, que es el objetivo de los economistas. Tienen mucho que ver con la justicia, que es el objetivo del sistema jurídico. Sin embargo, esa injusticia no es una que el derecho de contratos pueda corregir.

Conclusión

Como hemos visto, la autonomía por sí sola no explica al derecho de contratos. Tampoco lo hace la eficiencia.

Hemos tratado de mostrar que una teoría del derecho de los contratos no puede prescindir del principio de la justicia conmutativa o equidad económica. Un contrato de cambio es económicamente justo cuando cada parte es compensada por los riesgos que asumió. Si no es justamente compensada, el mal a remediar es la injusticia, no la falta de autonomía, las desventajas negociales o las debilidades personales que explican por qué la otra parte pudo tratarlo injustamente. Esta teoría no contradice a la economía moderna. Las herramientas de la economía moderna nos permiten explicar mejor cuándo una parte recibe una compensación justa. Explican por qué, normalmente, es compensado de manera justa, cuando contrata al precio de mercado, por el riesgo de que cambien los precios. Si desconoce el contrato cuando el precio de mercado fluctúa, actúa como una persona que se retracta luego de perder una apuesta justa.

Para cumplir su propósito, el contrato debe ser voluntario. Es voluntario cuando cada parte recibe algo que valora más de lo que debe dar a cambio. Si no lo hace, el contrato no debe ejecutarse, excepto cuando no hacerlo sería económicamente injusto para la otra parte.

Esperamos que nuestra teoría explique no solo por qué los contratos de intercambio son ejecutados, sino también las principales doctrinas que rigen esa ejecución y las acciones disponibles para ejecutarlos.

**GENÉ, MARIANA Y VOMMARO, GABRIEL (2023):
EL SUEÑO INTACTO DE LA CENTRODERECHA Y SUS
DILEMAS DESPUÉS DE HABER GOBERNADO Y
FRACASADO. CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS
AIRES: SIGLO XXI. 320 PÁGINAS. ISBN 978-987-801-
219-3**

Hernán Schujman¹
Universidad Nacional de San Martín

Recibido: 26/06/2023 - Aceptado: 13/07/2023

El libro de Mariana Gené y Gabriel Vommaro analiza las condiciones sociopolíticas que hicieron posible el gobierno nacional de Cambiemos en la Argentina durante el período 2015-2019 y su devenir posterior. El sueño intacto de la Centroderecha está estructurado en dos partes y seis capítulos. En la primera parte del libro se analizan los principales socios que conformaron Cambiemos. En la segunda parte del libro se problematiza sobre los actores socioeconómicos que participaron de la coalición de apoyo al gobierno y también los actores que fueron factores consistentes de bloqueo.

El primer capítulo del libro reconstruye las principales etapas del gobierno de Cambiemos, realizando una panorámica de los principales hitos del periodo, desde la campaña del 2015 hasta la derrota en el año 2019, así como también analiza la evolución del ciclo económico y político. En el segundo capítulo los autores analizan el camino que condujo el radicalismo hasta establecer una alianza electoral con el PRO. Para este análisis, se centran en un hito fundacional de la alianza: la Convención de Gualeguaychú del año 2015, donde la UCR decidió aliarse con el PRO. En el tercer capítulo, los autores analizan el ingreso de militantes peronistas al PRO y muestran dos cohortes principales que ingresaron al partido: líderes territoriales y armadores políticos. En el cuarto capítulo los autores analizan el devenir del PRO como partido durante los años de gobierno nacional. En este capítulo se discute hasta qué punto el paso del PRO por el Estado le permitió o no expandirse nacionalmente y cuán sólido fue ese crecimiento en términos organizativos y respecto a su anclaje social. El quinto capítulo se aboca a la relación entre el

¹ hernanschujman@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-5234-6463>

gobierno y los empresarios, a los intentos de movilización y coordinación de las prácticas de los actores y a los límites de esos intentos. Por último, en el sexto capítulo se analiza la acción de los principales agentes de bloqueo del proyecto reformista: los sindicatos y los movimientos populares de sectores pobres urbanos.

A partir de la lectura del libro, podemos observar los siguientes interrogantes: ¿cómo fue el proceso de nacionalización del PRO a partir de su llegada al gobierno nacional? ¿Cómo construyó Cambiemos su anclaje territorial? ¿Cuáles fueron las alianzas por las que optó el PRO en la construcción de su poder y gobernabilidad?

Los autores nos muestran como existió desde un primer momento un centralismo en la toma de decisiones por parte del PRO en la coalición política. Esto se puede observar con precisión en la alianza que construyeron con el radicalismo. El libro nos muestra las internas y tensiones expresadas por los dirigentes radicales en la Convención de Gualaguaychú, los dilemas que vivieron los líderes del partido en torno al temor sobre la extinción del radicalismo y qué tácticas consideraban necesarias para su supervivencia. La convención de Gualaguaychú nos muestra un radicalismo carente de orientaciones políticas. A su vez, en este análisis se observan los problemas que tiene este partido para reinventarse y la dificultad para consolidar un liderazgo.

En ese contexto, a partir de esta alianza electoral, podemos observar la estrategia exitosa por parte del PRO para obtener una estructura nacional. Asimismo, los autores destacan que desde un principio el macrismo desautorizó al radicalismo, planteando que no sería una coalición entre partidos en igualdad de condiciones, reforzando en esta alianza la centralidad del PRO. A su vez, la ausencia de mecanismos de coordinación y procesamiento de las diferencias con el resto de las organizaciones de la coalición política es un problema que trae rispideces internas a lo largo de toda la gestión de gobierno.

Asimismo, en el libro observamos cómo la dirigencia del PRO necesitó traer referentes peronistas desde afuera para ampliar sus bases políticas. En un primer momento, los autores analizan los casos de Diego Santilli y Cristian Ritondo, y los muestran como dos modos de ser peronistas en el PRO: unos integrados completamente y otros como mediadores del partido con el mundo popular. Por otro lado, los autores se centran en la

figura de Emilio Monzo y Rogelio Frigerio como armadores políticos, con un saber hacer pragmático y llegada a determinados dirigentes que estaban muy lejos del círculo íntimo del PRO. Estos actores fueron vitales en la arquitectura nacional del partido para las elecciones de 2015 y tuvieron un rol clave en la generación de consensos políticos durante el gobierno.

Ahora bien, ¿cómo piensan la construcción territorial estos armadores políticos peronistas? ¿Cómo dialogan con el liderazgo de Mauricio Macri? Estos militantes peronistas que provienen del menemismo no tienen una ideología socioeconómica definida, tienen un saber hacer del Estado y determinada habilidad para la rosca política. En este libro, los autores nos muestran como para los armadores políticos era necesario contar con “una pata peronista más robusta”. En cambio, para la coalición dirigente del PRO, los acuerdos con el peronismo no kirchnerista no podían formar parte de un entendimiento abierto, más bien debían ser puntuales y poco promocionables. Por lo tanto, si bien desde el PRO buscaron alianzas para ampliar su base territorial, al mismo tiempo, por su lógica centralizada del poder desconfiaban de ciertos actores y no estaban dispuestos a realizar una alianza más duradera con el peronismo. Por esta razón, los autores nos plantean que durante los cuatro años del gobierno de Cambiemos, el PRO creció poco en su anclaje territorial, más allá de su construcción exitosa en CABA y en algunos distritos de la provincia de Buenos Aires.

Me parece interesante, como en el libro, se pone en discusión cierto supuesto sobre que Cambiemos fue “el gobierno de los empresarios”. En relación al vínculo con el empresariado argentino, los autores nos muestran cómo se estrecharon distintos tipos de relaciones: relaciones informales, relaciones formales a través de la participación abierta de los empresarios y también el aporte financiero de los empresarios tanto en campañas electorales como en fundaciones partidarias. Los autores nos muestran que no se produjo un acuerdo orgánico con el empresariado argentino por parte de Cambiemos.

Si bien se produce una faceta novedosa por parte del gobierno de incorporar de manera masiva a miembros del mundo de los negocios en funciones del Poder Ejecutivo, los autores nos muestran, como no todos los sectores empresarios apoyaron de la misma manera la gestión de Cambiemos. En ese sentido, el PRO privilegió a los empresarios emprendeduristas, como es el caso de Galperin, y desconfió de un sector del

empresariado que consideraban proteccionista, y por lo tanto, un sector que tenía aversión al riesgo.

A su vez, considero relevante que a lo largo del libro, se plantea como el gobierno de Cambiemos estaba en una disyuntiva política, entre optar por una estrategia gradualista o de “shock” para impulsar sus reformas pro-mercado. En los primeros años del gobierno de Cambiemos existe una apuesta por aplicar una estrategia gradualista en pos de construir consensos y evitar la conflictividad social. Sin embargo, esta tensión entre elegir una estrategia gradualista o de shock persiste durante todo el periodo. En relación a este análisis, los autores plantean la siguiente pregunta: ¿cómo avanzar en una agenda de reformas promercado y promover al mismo tiempo la paz social? (Gené y Vommaro, 2023: 251)

Esta tensión se observa con claridad en el vínculo entre el macrismo y los sectores populares. En un primer momento, observamos cómo el gobierno de Cambiemos a través de la ministra de Desarrollo Carolina Stanley mantuvo una buena relación con los movimientos sociales y una relativa continuidad de la política social instituida durante el ciclo anterior. En los primeros años de gestión, las organizaciones sociales pudieron cumplir con una gran parte de sus demandas y conseguir ciertas conquistas. Algunos de esos logros fueron el reconocimiento de la personería gremial de la CTEP; la presentación del Relevamiento Nacional de Barrios Populares formalizado en Mayo de 2017; la Ley de Emergencia Social aprobada en 2016, la Ley de Urbanización de Barrios Populares sancionada en 2018 y la Ley de Emergencia Alimentaria en 2019. Asimismo, un ejemplo de la continuidad en la política de gasto social por parte del gobierno, fue la decisión de extender la Asignación Universal por Hijo (AUH) a siete mil nuevos beneficiarios.

Por lo tanto, observamos una paradoja, en la cual un gobierno pro-mercado y antipopular, promueve y negocia distintas medidas a favor de los sectores populares, en pos de mantener “el orden en la calle”. A su vez, esta mirada frente a la protesta popular se pone en tensión con el objetivo de controlar el gasto público. A lo largo del libro, observamos como existe una doble cara del gobierno respecto a la protesta y la política social. En su estrategia confluyen el diálogo y la negociación con los sectores populares, así como también, la represión de la protesta social.

Como bien nos muestran los autores, el caso de la reforma previsional nos ilustra la otra mirada de Cambiemos respecto a

la protesta popular y a cómo administrar el gasto social. Si bien durante los dos primeros años de gobierno, se moderó la reducción del gasto apelando al gradualismo para evitar conflictos, luego del triunfo en las elecciones del 2017, se realizó un cambio de estrategia. La reforma jubilatoria que propuso Cambiemos tenía el objetivo de reducir y ahorrar un 0,6% del PBI. Cuando el proyecto llegó a Diputados, las protestas en la calle fueron tan intensas que tuvieron que levantar la sesión. Estas manifestaciones dieron lugar a la posibilidad de un reagrupamiento de distintos bloques de la oposición peronista que se encontraban fragmentados. La ley fue finalmente aprobada aunque con modificaciones que matizaban los alcances del ahorro fiscal, con protestas masivas en la calle, represión por parte del gobierno y un acalorado conflicto en el Congreso.

Debido a esta reforma previsional, Cambiemos obtuvo costos políticos muy elevados: puso en peligro la agenda reformista, descendió la popularidad del gobierno y hasta movilizó en su contra parte del núcleo duro de sus votantes. A su vez, el principal costo político fue el fortalecimiento de la oposición y la consolidación de una alianza entre el kirchnerismo y los sectores sociales. Como nos plantean los autores, la reforma previsional propuesta por Cambiemos fue el principio del fin, ya que se quedó sin fuerzas para impulsar la agenda de reformas. A su vez, el gobierno se debilitaría aún más con la crisis económica del año siguiente.

En mi opinión, uno de los hallazgos del libro *El sueño intacto de la centroderecha argentina* es mostrar la mirada de los actores sobre la coyuntura política. Este libro recopila distintos discursos de los líderes de Cambiemos, entrevista a líderes empresarios, a dirigentes de los sectores de la economía popular, por mencionar algunos actores. Los testimonios de los entrevistados proporcionan una mayor complejidad para entender los desafíos y los límites que tuvo Cambiemos durante su paso por el gobierno nacional. Un ejemplo de este análisis, lo encontramos en el testimonio de un responsable de comunicación del gobierno de Cambiemos que plantea lo siguiente: “Le ganamos al peronismo y nos encontramos con la Argentina” (Gené y Vommaro, 2023: 294). Ese testimonio da cuenta de todas las adversidades y las distintas tácticas que iba a tomar el gobierno para poder sostenerse en el poder.

En relación con esto último, considero que el libro deja planteando los límites que tienen las derechas para construir

consensos en la Argentina. A lo largo de la investigación, podemos observar como Cambiemos necesita del apoyo de los sindicatos y de los sectores populares, y a la vez esos espacios no coinciden ideológicamente con el gobierno macrista. Por lo tanto, observamos el poder de movilización que tienen los sindicatos y los sectores populares para obtener determinadas demandas y también para bloquear determinadas medidas de los gobiernos.

En las conclusiones, los autores retoman el concepto planteado por Juan Carlos Portantiero (1977) sobre el *empate hegemónico* y plantean que en el contexto actual siguen existiendo dos espacios políticos con capacidad para vetar los proyectos de los otros pero sin recursos para imponer de manera perdurable sus propios proyectos políticos². Para los autores ese *empate hegemónico* sigue vigente en la Argentina actual. A través de este análisis, nos muestran cómo nos encontramos con una sociedad polarizada, con dos sectores políticos, el Frente de Todos y Juntos por el Cambio, con capacidad de movilización y también de obturar al adversario.

El libro *El sueño intacto de la centroderecha* nos propone un análisis exhaustivo sobre el paso del gobierno de Cambiemos a nivel nacional, sobre sus aciertos, sus dilemas y sus límites, pero también, los autores se animan a reflexionar sobre las posibilidades que tiene este espacio a futuro. Una de las grandes novedades que nos plantean, es que hoy la Centroderecha cuenta con una coalición electoral competitiva de cara a las elecciones del 2023. A diferencia del 2015, el peronismo que deberá enfrentar Juntos por el Cambio, está debilitado y viene de una gestión de gobierno fallida, dada la crítica situación económica y social que está viviendo la población Argentina durante el gobierno de Alberto Fernández. Ante esta coyuntura y con una sociedad polarizada, crecen los discursos de derecha extrema y se incrementan los discursos más radicales.

Para finalizar, teniendo en cuenta la actual coyuntura de crisis que vive la Argentina, Gené y Vommaro (2023) nos dejan planteadas algunas preguntas para continuar reflexionando: ¿la crisis y el deterioro persistente son elementos que erosionan también a la coalición sociopolítica opuesta a Juntos por el Cambio? En relación con los sectores populares y sindicatos, luego de haber transitado el gobierno del Frente de Todos y obtener un saldo negativo, ¿seguirán constituyéndose como

² Portantiero, J.C. (1977) *Economía y política en la crisis Argentina: 1958-1973*. Revista Mexicana de Sociología.

poderosos agentes de veto de un reformismo pro-mercado? o ¿se abren las puertas para negociaciones sectoriales segmentadas que acompañen políticas impopulares?