

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

Vol. XII • Nº 1 • NUEVA SERIE II (2021)

ISSN 1850-9371



* Edición Digital

*Incorporada a LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadas) (Nivel I)

*Incorporada al NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS- CAICYT (Nivel I)

*Incorporada a LatinREV (FLACSO Argentina)

*Incorporada a la Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

*Incorporada a SciELO (Scientific Electronic Library Online)

ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

DIRECTORA
Zlata Drnas de Clément

SECRETARIA
Carla Saad

COMITÉ DE REDACCIÓN
CONSEJO ASESOR

Marcela Aspell (CONICET - Argentina)
Manlio Bellomo (Universidad de Catania- Sicilia - Italia)
José Antonio Escudero López (UNED - España)
Gonzalo Fernández (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)
Carlos Garriga (Universidad del País Vasco - España)
Ricardo Haro (Universidad Blas Pascal)
Waldemar Hummer (Universidad de Innsbruck - Austria)
Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina)
Juan Carlos Palmero (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Argentina)
Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid - España)
Horacio Roitman (Universidad Empresarial Siglo 21 - Argentina)
Jorge Horacio Zinny (Universidad Nacional de Córdoba)

CONSEJO DE REDACCIÓN

José C. Bocchiardo
Alberto Zarza Mensaque
Ricardo Mirolo
Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
Ernesto J. Rey Caro
Efraín Hugo Richard
Rafael Vaggione

Dirección, redacción y correspondencia
Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-RA
Tel. 0054 351 4332059
revistafacultad@derecho.unc.edu.ar
facultadrevista@yahoo.com.ar

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Hugo JURI

VICERRECTOR

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Guillermo BARRERA BUTELER

VICEDECANO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

SECRETARIO ACADÉMICO

Alejandro FREYTES

PROSECRETARIA ACADÉMICA

María RUÍZ JURI

SECRETARIA DE CIENCIA Y TÉCNICA

Amalia URIONDO DE MARTINOLI

SECRETARIO LEGAL Y TÉCNICO

Victorino SOLÁ

SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Diego Agustín AGUDO

PROSECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Antonio KOGUC BATIUSZK

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE POSTGRADO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

PROSECRETARIA DE POSTGRADO

Susana BORGARELLO

SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y RR II

Jorge E. BARBARÁ

PROSECRETARIA DE RR II

Laura CALDERÓN

PROSECRETARIO DE EXTENSIÓN

Pablo Cesar MINA GUZMÁN

SECRETARIO DE GRADUADOS

Maximiliano RAIJMAN

PROSECRETARIO DE GRADUADOS

Juan Alberto DÍAZ

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR

Esteban LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN

María Cristina DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

PROFESORES TITULARES

TITULARES

*José Palazzo
Rosa Ávila Paz de Robledo
Ramón Daniel Pizarro*

SUPLENTES

*Gabriel Ventura
Carlos Ferrer
Aldo Novak*

PROFESORES ADJUNTOS

TITULARES

*Leonardo González Zamar
Andrés Rossetti
Mariana Sánchez*

SUPLENTES

*Oswaldo Allione
Silvana M. Chiapero
Carlos Echegaray de Maussion*

DOCENTES AUXILIARES

TITULARES

*Laura M. Echenique
Eduardo Valdés
Mariano Pelliza Palmes*

SUPLENTES

*Marcelo Jaime
Silvia Díaz
María Fernanda Cocco*

EGRESADOS

TITULARES

*Marcelo Echenique
Eduardo Sarsfield*

SUPLENTES

*José A. Leo
Roberto Espinoza*

ESTUDIANTES

TITULARES

*Carlos María Aquino
Micaela Josefina Fernández
María Agustina Restelli
Milena Taurián
Lucas Gabriel Pereyra
Dibe Macarena Zaide*

SUPLENTES

*Gisella Martínez
Ayrton Uriel Sangoy
Melisa Oliva Olmos
Rosario Sferco
Pablo Mármol
Marcelo Andrés Bizzarri*

NO DOCENTES

TITULAR

María Victoria Maurizi

SUPLENTE

Yamila Borrego

ÍNDICE

Reglamento de la Revista - Normas editoriales XI

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

ABRIGANDO LA REPUBLICA. MANUEL BELGRANO Y LA ADMINISTRACION DE LOS PUEBLOS MISIONEROS
SHELTERING THE REPUBLIC. MANUEL BELGRANO AND THE ADMINISTRATION OF MISSIONARY PEOPLES
Marcela Aspell 1

JURISPRUDENCIA ARGENTINA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS
ARGENTINE JURISPRUDENCE ON THE APPLICATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS
Amalia Uriondo de Martinoli 33

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES ALTERADOS POR LA PANDEMIA DE COVID-19
INTERNATIONAL CONTRACTS ALTERED BY THE COVID-19 PANDEMIC
Adriana Dreyzin de Klor 65

FEDERALISMO Y TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA
FEDERALISM AND INTERNATIONAL TREATIES ON HUMAN RIGHTS IN THE ARGENTINE REPUBLIC
Paulina R. Chiacchiera Castro 93

LA INTERGUBERNAMENTALIDAD EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA, POLÍTICA E INSTITUCIONAL.
INTERGOVERNMENTALITY IN THE FORMULATION OF ENVIRONMENTAL POLICIES: A LEGAL, POLITICAL AND INSTITUTIONAL APPROACH.
Marta S. Juliá, Ma. Eugenia Pérez Cubero 109

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y EL PRECEDENTE VINCULANTE: UNA TENSIÓN APARENTE <i>JUDICIAL INDEPENDENCE VS. BINDING PRECEDENT: A MISLEADING OBJECTION</i> <i>Florencia Ratti M.</i>	135
--	-----

EL DESAFUERO DEL FUERO SINDICAL EN COLOMBIA <i>THE BREAKING OF TRADE UNION IMMUNITY IN COLOMBIA</i> <i>Omar Ernesto Castro Guiza, Gustavo Adolfo Rubio-Rodríguez, Lucas Caballero Martínez, Mario Heimer Flórez Guzmán</i>	161
---	-----

ALGUNOS ASPECTOS DEL ENCUENTRO CLÍNICO EN TIEMPOS DE COVID-19 <i>SOME ASPECTS OF CLINICAL ENCOUNTER IN COVID-19 TIMES</i> <i>Guillermina Zabalza, María Victoria Schiro</i>	179
--	-----

JURISPRUDENCIA

CAPACIDAD RESTRINGIDA Y EL DERECHO DE REVISIÓN EN FAVOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD <i>RESTRICTED CAPACITY AND THE RIGHT OF REVIEW IN FAVOR OF THE PERSON WITH DISABILITIES</i> <i>Carla Saad</i>	197
---	-----

OPINIÓN CONSULTIVA - OC-26/20 de la CteIDH. LA DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y SUS EFECTOS SOBRE LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS <i>INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ADVISORY OPINION OC-26/20 OF NOVEMBER 9, 2020. THE OBLIGATIONS IN MATTERS OF HUMAN RIGHTS OF A STATE THAT HAS DENOUNCED THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND THE CHARTER OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN STATES</i> <i>María Alejandra Sticca</i>	219
--	-----

CRÓNICAS E INFORMACIONES

Palabras del Decano de la Facultad de Derecho en ocasión de la apertura del año lectivo 2021	331
El Museo Histórico de la Facultad activo a pesar de la pandemia	336
Creación del Área de Políticas de Género de la Facultad (Res. 160/202).....	336
La Facultad tiene su Patio en Honor a la Reforma.....	338
Formación académica.....	339

Formación en posgrado.....	344
Actividades en investigación.....	347
Actividades de extensión y relaciones internacionales	351
Actividades para graduados	351

RECENSIONES

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira - DINIZ, Pedro Ivo Ribeiro (Orgs.) <i>AGENDA 2030 Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO</i> , Konrad Adenauer Stiftung, EKLA, CEDIN, Belo Horizonte, 2021, 170 páginas. <i>Redacción Revista</i>	359
CORTÉS MARTÍN, Jose Manuel - RUIZ YAMUZA, Florentino-Gregorio (Coords.) <i>Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea</i> , Dykinson, Madrid, 366 páginas. <i>Miguel Ángel Ruiz Albert</i>	368
DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. <i>Los Paradigmas Ideológicos y la Concepción del Derecho Internacional</i> , Editorial Advocatus, Córdoba, mayo 2020, 171 páginas. <i>Lilian del Castillo de Laborde.....</i>	371
GRAFEUILLE, Elías Germán - DIAZ CAFFERATA, Santiago. <i>Amparo Ambiental</i> , Ediciones Jurídicas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 524 páginas. <i>Federico Javier Macciocchi.....</i>	373
PÉREZ GALLARDO, Leonardo - PAGANO, Luz María. <i>Discapacidad y Modelo Social</i> , ERREIUS, Buenos Aires, 2020, 426 páginas. <i>Emma Mini</i>	376

REGLAMENTO DE LA REVISTA

NORMAS EDITORIALES

1. Naturaleza y objetivos de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

La Revista es continuación de la publicación del mismo nombre que se editara entre 1993 y 2000, la que, a su vez, prosiguiera la labor de los antiguos Anales y el Boletín de la Facultad. Es una publicación impresa, científica, arbitrada, con una periodicidad de dos números por año, cuyo propósito es difundir en el ámbito jurídico profesional, académico y educativo, los estudios llevados a cabo en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular. Su objetivo es presentar la producción científica de sus miembros y colaboradores a la comunidad académica jurídica, estimular la difusión de la labor científico-académica de sus docentes, la aproximación interdisciplinaria y la provisión de materiales para los aprendizajes de los estudiantes. Los Profesores de la casa son invitados naturales a presentar contribuciones a la Revista, si bien recibe colaboraciones de autores ajenos a la entidad editora. Sólo admite trabajos inéditos no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. La Revista cuenta con un Consejo Asesor y un Consejo de Redacción. La Revista no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores. La presentación de los trabajos implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales del presente reglamento. En líneas generales, las fechas de cierre para la recepción de trabajos en el primer y segundo semestres son 15 de marzo y 15 de septiembre de cada año, respectivamente.

2. Contenido de la Revista

Cada número contará con las siguientes secciones: a) Doctrina; b) Jurisprudencia (notas a fallo); c) Crónicas; d) Recensiones; f) Cualquier otro ítem que a consideración del cuerpo directivo se estime conveniente incorporar.

3. Lineamientos para los trabajos

El trabajo deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. *Extensión*

Los artículos de doctrina al igual que las notas a fallo no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas.

3.2. *Forma del escrito*

El escrito debe entregarse en impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, escrito de un solo lado y sin enmiendas. Se entregará en Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-Argentina, en tres copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor. Las demás copias, al

igual que un CD a adjuntar a la presentación, deberán consignar el nombre del autor y del archivo. Asimismo, el trabajo deberá enviarse por correo electrónico a facultadrevista@yahoo.com.ar. El archivo deberá estar confeccionado en Word para Windows. Durante la COVID-19 los trabajos en dos copias (con y sin referencia al autor) pueden enviarse por mail a las siguientes direcciones: revistafacultad@derecho.unc.edu.ar y facultadrevista@yahoo.com.ar (se ruega cerciorarse de la recepción del envío).

La *Portada* deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, pertenencia institucional, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones).

3.3. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en itálica, salvo que se empleen letras griegas. Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010. Los títulos no llevarán punto.

Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en minúscula y desarrolladas.

Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.

Las llamadas de las notas de pie de página irán con número, en superíndice, sin paréntesis. El punto será el último signo de la frase (después de las comillas, después del número de la llamada de nota de pie de página). Ejemplo: “111. *Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes (...)*”.

Para destacar palabras o textos se usará itálica (no negrita, no subrayado). Los números de las normas no llevarán punto. En cambio, sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.

Los meses deberán escribirse con minúscula. Las designaciones generales irán en minúscula (ej.: “juez”, “tribunal”, “presidente”), mientras que las designaciones específicas llevan mayúscula inicial (ej.: Tribunal Federal N° 1).

El inciso deberá llevar un paréntesis de cierre luego de su numeración o denominación. Por ej.: inciso 1), inciso a).

Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en itálica.

3.4. Tablas y figuras

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.5. Citas de pie de página

3.5.1. Citas bibliográficas en trabajos jurídicos

Cuando se efectúen citas bibliográficas en notas de pie de página, las mismas irán antes del signo de puntuación y deberán indicar:

-el apellido con mayúscula seguido de coma y el nombre con minúscula salvo la letra inicial seguido de punto, o el apellido e inicial/es del/de los nombre/s del autor con mayúsculas y punto;

-el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;

-el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica, se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta y en el orden indicado los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras mayúsculas el apellido e inicial del nombre o de los nombres del responsable o responsables de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Ejemplos: RUBINSTEIN, Santiago. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22. y pp. 24-28, o RUBINSTEIN, S. *El dolor como daño autónomo resarcible*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22 y pp. 24-28; LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", *Jueces para la Democracia*, N° 34, Madrid, 1999, p. 8; DOUGLAS DURÁN, C. "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en GONZÁLEZ OVIEDO, M. - TIFFER SOTOMAYOR, C. (Coords.) *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-47.

3.5.2. Citas de jurisprudencia

En las citas se consignará: Tribunal, "Autos" (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ej.: TSJ Cba, Sala Laboral, "Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.", abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.

3.5.3. Citas electrónicas

Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

4. Material a presentar con el trabajo

Los trabajos presentados deberán estar acompañados por:

-Nota dirigida a la Dirección de la Revista, solicitando la publicación del trabajo; declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

-Breve "curriculum vitae" (diez renglones como máximo).

5. Corrección de pruebas

La Revista habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

6. Arbitraje

La evaluación se realizará por expertos externos, especializados en las temáticas abordadas en cada trabajo. El arbitraje adopta un sistema de doble ciego. Se enviará el trabajo de forma anónima a un evaluador especialista en el área, quien remitirá a la dirección de la Revista su ponderación. La evaluación será retrasmitida al autor, permaneciendo los árbitros anónimos para el autor. Los evaluadores tendrán por misión ponderar la pertinencia del tema para la Revista, su originalidad, el aporte realizado, claridad de expresión, metodología, conclusiones, resultados y bibliografía. Su juicio podrá indicar: -que el trabajo está en condiciones de ser aceptado como está; -que está en condiciones de ser aceptado previa realización de las modificaciones indicadas; -que el trabajo debe ser rechazado.

7. Entrega de la publicación al autor y difusión de la Revista

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición dos ejemplares de la Revista (durante la pandemia de la COVID-19 se imprimirá sólo en formato digital).

La Revista se publica en forma impresa. La Facultad envía ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas argentinas y extranjeras. Se puede acceder a ella de forma gratuita (sólo lectura) a través de sitio Web de la Facultad (www.derecho.unc.edu.ar en la solapa "Publicaciones").

8. Derechos de Autor

La publicación del artículo implica la donación de los derechos de autor a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, conservando el autor su derecho a utilizar el artículo en publicaciones de su autoría o páginas web referidas a su trayectoria. Para el caso de otro tipo de publicaciones, antes de su utilización, deberá obtener autorización de las autoridades.

9. Publicación del artículo

La publicación del artículo dependerá de la evaluación referida bajo el punto 6. Arbitraje. Aceptado el artículo, ingresará en el orden de publicación conforme al espacio disponible en cada número de la Revista.

10. Cuestiones no previstas

Las cuestiones no previstas en el reglamento serán resueltas por la Dirección de la Revista juntamente con el Consejo de Redacción.

ABRIGANDO LA REPUBLICA. MANUEL BELGRANO Y LA ADMINISTRACION DE LOS PUEBLOS MISIONEROS*

*SHELTERING THE REPUBLIC. MANUEL BELGRANO AND THE
ADMINISTRATION OF MISSIONARY PEOPLES*

*Marcela Aspell***

Resumen: Este trabajo recorre la vida de Belgrano desde su infancia a su madurez, en la que trató de consolidar una homogenización social en torno a un espíritu “americano”, estrategia que se acelera luego de la Revolución de Mayo multiplicándose las proclamas y manifiestos en lenguas indígenas que invitaban a la población aborigen a sumarse al proceso revolucionario.

Palabras-clave: Manuel Belgrano - República - Indígenas - Pueblos misioneros.

Abstract: This work covers the life of Belgrano from his childhood to his maturity, in which he tried to consolidate a social homogenization around an “American” spirit, a strategy that accelerates after the May Revolution, multiplying the proclamations and manifestos in indigenous languages that invited the aboriginal population to join the revolutionary process.

Keywords: Manuel Belgrano - Republic - Indigenous - Missionary peoples.

Sumario: I. Cómo un abogado devenido economista se convierte en soldado. II. Los trabajos y los días en la Universidad de Salamanca.

* Trabajo presentado el 15 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 9 de abril del mismo año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de la Historia y Miembro de Número y Vicepresidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Investigador Principal Conicet. Miembro de Número y Ex Presidente de la Junta Provincial de Historia de Córdoba.

III. Una expedición “*en cabezas acaloradas*”. IV. El sueño y la agonía de las Misiones.

I. Cómo un abogado devenido economista se convierte en soldado

Cuando corrían en Buenos Aires los aciagos días de 1814, un hombre de cuarenta y cuatro años de edad de exquisita formación europea, abogado y economista de buenas lecturas, periodista de pluma incisiva y punzante y renovadas ideas, político, diplomático y militar con una apasionada entrega a la causa de la Patria hundía el cálamo en un gastado tintero y escribía:

“Yo emprendo escribir mi vida pública -puede ser que mi amor propio acaso me alucine con el objeto que sea útil a mis paisanos, y también con el de ponerme a cubierto de la maledicencia; porque el único premio a que aspiro por todos mis trabajos, después de lo que espero de la misericordia del Todopoderoso, es conservar el buen nombre que desde mis tiernos años logré en Europa con las gentes con quienes tuve el honor de tratar cuando contaba con una libertad indefinida, estaba entregado a mí mismo, a distancia de dos mil leguas de mis padres, y tenía cuanto necesitaba para satisfacer mis caprichos¹”.

En ese momento íntimo y personal en el que los hombres se enfrentan a la inocente blancura del papel aun sin hollar con los instrumentos de la escritura, el universo se presenta como un vasto escenario de conmovedoras emociones entretejido por los recuerdos de su propia vida.

Belgrano era absolutamente consciente del valor de su palabra, porque hay asimismo una razón que lo impulsa a tomar la pluma y escribir: el claro convencimiento de que la vida de los hombres llamados a cumplir un destino público debe ser conocida como un ejemplo a seguir en sus aciertos y rechazo en sus errores, imaginando quizá que el estudio de su testimonio podía ayudar a pensar la construcción de la Republica. Dice:

“Nada importa saber o no la vida de cierta clase de hombres que todos sus trabajos y afanes los han contraído a sí mismos, y ni un solo instante han concedido a los demás; pero la de los hombres públicos, sea cual fuere, debe siempre presentarse, o para que sirva de ejemplo que se imite, o de una lección que retraiga de incidir en sus defectos”².

Se iniciaban de este modo las breves pinas de una memoriosa *Autobiografía*, cuyos manuscritos originales custodiara Bernardino Rivadavia y luego Florencio

(1) BELGRANO, M. *Autobiografía*, Biblioteca Virtual Universal.

(2) Y agrega: “*Se ha dicho, y dicho muy bien, “que el estudio de lo pasado enseña cómo debe manejarse el hombre en lo presente y porvenir”;* porque desengañémonos, la base de nuestras operaciones siempre es la misma, aunque las circunstancias alguna vez la desfiguren”. *Ibidem*.

Varela, y que más tarde Bartolomé Mitre utilizara en su “*Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*” en las tempranas ediciones de 1857 y 1877.

Una *Autobiografía* que inspiraría al General José María Paz la escritura de su propio testimonio:

*“La lectura del fragmento de una Memoria sobre la batalla de Tucumán, escrita por el virtuoso y digno general Belgrano, me ha hecho recordar aquellos hechos de que fui testigo y actor, aunque en una edad muy temprana y una graduación muy subalterna, y excitado el deseo de hacer sobre ella algunas observaciones y si me fuese posible, concluirla”*³.

Manuel Belgrano, pues de él se trata, había nacido en Buenos Aires en el número 430 de la calle de Santo Domingo⁴, que correspondía a una espaciosa y señorial casa de noble pórtico y esmerado balcón, donde asimismo exhalaría cuarenta y tres años más tarde el último suspiro. Era hijo de Domingo Francisco Belgrano y Peri natural de Omeglia, luego castellanizado Belgrano Pérez, casado con doña María Josefa González Casero, por entonces una joven niña de catorce años, nacida en Buenos Aires cuya familia originaria arrancaba de Santiago del Estero.

La imposición de las aguas del Bautismo le fue dispensada un día después de su nacimiento, como lo acredita el Libro Parroquial de Bautismos de la Iglesia Catedral de Buenos Aires⁵. Cuarto hijo de dieciséis hermanos⁶, fue acompañado en la pila bautismal por Julián Gregorio de Espinosa, quien seis años más tarde se convertiría en su hermano político, al contraer matrimonio con su hermana María

(3) Y continúa: “*Me esforzaré á llenar mi intento, pero advirtiendo Primero, que hace más de treinta y seis años que tuvieron lugar aquellos sucesos; Segundo, que no tengo para referirlos, otro auxiliar que mi memoria; Tercero, que siendo entonces un teniente y estando en el primer aprendizaje de mi carrera, no pude juzgar sino por lo que vi ú oí á algunos oficiales jóvenes como yo (con poca excepción), ni debí apreciar los hechos, como me ha sucedido después, con el auxilio de la experiencia. Es, pues, en cierto modo, una ventaja que esta ocurrencia me venga tan tarde, y además, concurre la de que no podían entonces ni ahora agitarme las pasiones de ese tiempo, de modo que puede casi decirse, que me ocupo de sucesos de que no soy contemporáneo”*. PAZ, José María. *Memorias Póstumas*, Emece Editores, Colección Memoria Argentina, Buenos Aires, 2000, Tomo I, p. 15. El inicial elogioso comentario es luego matizado por severas críticas a su actuación militar y política. Ver HALPERIN DONGHI, Tulio. *El enigma Belgrano. Un héroe para nuestro tiempo*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2014.

(4) Hoy Avenida Belgrano entre las calles Defensa y Bolívar.

(5) “*En 4 de junio de 1770, el señor doctor don Juan Baltasar Maciel, canónigo magistral de esta Santa Iglesia Catedral, provisor y vicario general de este obispado, y abogado de las reales audiencias del Perú y Chile, bautizo, puso oleo y crisma a Manuel José Joaquín del Corazón de Jesús que nació ayer 3 del corriente: es hijo legítimo de don Domingo Belgrano Pérez y de doña Josefa González: fue padrino D. Julián Gregorio de Espinosa”*. Libro de Bautismos de la Iglesia Catedral de Buenos Aires 1769-1775. Folio 43.

(6) Ellos fueron: María Florencia (1758-1777), Carlos José (1761-1814), José Gregorio (1762-1823), María Josefa Anastasia (1767-1834), Domingo José Estanislao (1768-1826), Francisco José María (1771-1833), Joaquín Cayetano Lorenzo (1773-1848), María del Rosario (1775-1816), Juana María (1776, fallecida después de 1815), Miguel José Félix (1777-1825), Juana Francisca Josefa (1779-1835) y Agustín Leoncio José (1781-1810). Y tres niños muertos a temprana edad José Gregorio, Bernardo José Félix y la niña María Josefa Juana Belgrano y González.

Florencia⁷, consolidando lazos de sangre sobre un tejido corporativo de hombres con intereses económicos comunes⁸.

Una esmerada educación hallaría principio en la proximidad del Convento de San Pedro Telmo alentada por “*la fervorosa adhesión de la familia a la Orden de los Predicadores, hizo que los varones Belgrano recibieran los rudimentos de la enseñanza en la Escuela de Dios bajo la atenta mirada de fray José de Zamborarin*”⁹.

Más tarde iniciaría el tránsito por los claustros del Real Colegio de San Carlos bajo la guía del sacerdote dominico Luis José de Chorroarin¹⁰, Catedrático de Filosofía y varias veces Rector del establecimiento carolino, recorrido que Belgrano concluiría en 1786.

Por entonces en nuestro territorio funcionaban desde 1610 la *Universitas Cordubensis Tucumanae* y la Universidad de San Francisco Javier en Chuquisaca.

Dedicada la primera desde sus orígenes a la enseñanza de las artes, teología y cánones, cuyo método y planes de enseñanza se describían en la *Ratio Studiorum* que en 1599 aprobara la Compañía de Jesús, la Universidad de Córdoba, recibe años más tarde, el breve pontificio del 8 de agosto de 1621, donde Gregorio XV dispensa a la Universidad el otorgamiento de los grados académicos, espíritu que refrendó, un año después, el 2 de febrero de 1622, el Rey Felipe IV de España, quedando la concesión pontificia ratificada de manera definitiva en el breve del 29 de marzo de 1634 que rubricó el papa Urbano VIII. Y más de un siglo después, en 1791, expulsada ya la Compañía de Jesús y permaneciendo la Casa bajo la regencia franciscana, la Universidad incorpora los estudios de Derecho, con la creación de la Cátedra de Instituta, origen de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba. Es decir que faltaban algunos años todavía para la instalación de la Cátedra de Instituta en Córdoba.

(7) Dato tomado de Miguel Ángel De Marco: *Belgrano Artífice de la Nación, Soldado de la Libertad*, Tercera Edición, Editorial Emecé, Buenos Aires, 2013.

(8) Afirma Tulio Halperin Donghi: “*Lo primero que salta a la vista en esa estructura familiar es el papel positivo asignado a las hijas mujeres, dadas en matrimonio a agentes de Doménico en la Península, en el Alto Perú en parajes de las tierras bajas, donde el mismo se había hecho presente no solo a través de sus actividades mercantiles sino también como pionero de una economía pastoral que no había avanzado mucho más allá de la caza de ganado salvaje. Los incorporaba así plenamente a una familia que era también un diversificado sujeto colectivo que participaba como tal en las disputas por riquezas, poder y prestigio que nunca cesaron de agitar a las elites de las Indias Españolas*”. HALPERIN DONGHI, Tulio. *El enigma Belgrano. Un héroe para nuestro tiempo*, cit., p. 40.

(9) DE MARCO, Miguel Ángel. *Belgrano Artífice de la Nación, Soldado de la Libertad.*, cit., p. 22.

(10) Nacido en Buenos Aires en 1757 en el seno de una distinguida familia fue ordenado presbítero en 1780 alcanzando en 1791 el cargo de Rector propietario del Colegio Carolino fundado por el Virrey Vértiz, cargo que con anterioridad había ejercido interinamente. Miembro del Cabildo abierto del 22 de mayo de 1810 abogó por la deposición del Virrey Cisneros. Director de la Biblioteca pública de Buenos Aires, colaboró en las labores de la Asamblea del Año XIII y en las del Congreso de Tucumán. Murió en Buenos Aires en 1823.

La Universidad chuquisaqueña a la cual acudiría el primo de Manuel, Juan José Castelli pareció no conformar a Domingo Belgrano, quien gestiona y logra la autorización para enviar a sus hijos Manuel y Francisco a España “a fin de que se instruyeran en el comercio, se matriculen en él y regresen con mercaderías a estos reinos”.

El propio Manuel Belgrano confiesa en su *Autobiografía* cómo su padre lo había enviado “a España a seguir la carrera de las leyes, y allí estudié en Salamanca; me gradué en Valladolid, continué en Madrid y me recibí de abogado en la Cancillería de Valladolid”¹¹. Es decir que aquel inicial proyecto de instruirse en el comercio fue trastocado por el estudio de las leyes, interesándose en el estudio de la Economía Política, el Derecho Público y los idiomas.

II. Los trabajos y los días en la Universidad de Salamanca

La Universidad de Salamanca fundada por Alfonso IX de León posiblemente hacia fines de 1218 como *Studium generale* sobre la base de las antiguas escuelas catedralicias cuya documentada existencia se remonta 1174, había logrado en 1254 recibir sus estatutos otorgados por Alfonso X el Sabio, alcanzando el 1255 la *licentia ubique docendi* del papa Alejandro IV¹².

Belgrano accedería a esta Casa de Estudios en las postrimerías de un Siglo XVIII comprometido con los ideales políticos de la Ilustración, indudablemente el escenario propicio para el privilegio de la educación, en cuya virtud se confiaba contener el arma más eficaz para el adelantamiento del reino. Muchas son las voces que habían elevado al respecto. Gaspar Melchor de Jovellanos resume con meridiana claridad en su *Memoria sobre Educación Pública o Tratado Teórico Práctico de Enseñanza*, el fervor de todo el siglo XVIII:

*“Es la instrucción pública el primer origen de la prosperidad social? Sin duda. Esta es una verdad. La razón y la experiencia hablan en su apoyo. Las fuentes de la prosperidad social son muchas, pero todas nacen de un mismo origen y este origen es la instrucción pública. Ella es la que las descubrió y a ellas todas están subordinadas”*¹³.

(11) BELGRANO, M. *Autobiografía*, cit.

(12) FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Manuel (Dir.). *La Universidad de Salamanca*, III volúmenes, Salamanca, 1989.

(13) Y continúa: “La instrucción dirige sus raudales para que corran por varios rumbos a su término, la instrucción remueve los obstáculos que puedan obstruirlos, o extraviar sus aguas. Ella es la matriz, el primer manantial que abastece estas fuentes. Abrir todos sus senos, aumentarle, conservarle es el primer objeto de la solicitud de un buen gobierno, es el mejor camino para llegar a la prosperidad. Con la instrucción todo se mejora y florece. Sin ella todo decae y se arruina en un Estado”. JOVELLANOS, Gaspar Melchor de. “Memoria sobre educación pública o tratado teórico práctico de enseñanza con aplicación a las escuelas y colegios de niños”, en *Biblioteca de Autores Españoles, obras publicadas e inéditas de don Gaspar Melchor de Jovellanos*, M. Rivadeneyra Imprenta, Madrid, 1858, pp. 230 y 231.

Pero no es Jovellanos el único paladín de la educación pública. Idéntico propósito había sustentado medio siglo antes el llamado *Padre de la Ilustración Española*, el benedictino Fray Benedicto Jerónimo Feijoo y Montenegro cuyo *Teatro Crítico y Cartas Eruditas y Curiosas* tanto fértil surco habían cavado para recibir la nueva simiente. Esta es la opinión que le merece la educación universitaria:

“Lo primero es el corto alcance de algunos de nuestros profesores. Hay una especie de ignorantes perdurables precisados a saber siempre poco, no por razón sino porque piensan que no hay más que saber que aquello poco que saben. Habrá visto vuestra merced más de cuatro, como yo he visto más de treinta, que sin tener el entendimiento adornado más que de aquella lógica y metafísica que se enseña en nuestras escuelas...”¹⁴.

A la voz del Ilustre polígrafo, se suma su impugnador, el abate Verney, un francés aclimatado en Portugal¹⁵, escudado tras el dictado a quien debe su celebridad: *Barbadinho*. Su obra el *“Verdadero método de estudiar”*, mereció especial aceptación en el mundo de habla castellana. Otros autores preocupados por el mismo tema, Pablo de Mora y Jaraba, Luis Antonio Muratori, Juan Francisco de Castro, etcétera, proponen en términos parecidos una reforma educativa que, excluyendo formalismos vacíos de contenido, alimenten la genuina ansia del saber. Multitud de testimonios avalan el general estado de decadencia en que habían caído las universidades hispanas. Las causas se achacaban a diversos motivos, la desigual dotación de las cátedras, la no provisión de algunas de ellas, la utilización de las mismas como un trampolín de ascenso en la carrera de honores, hechos que se traducen en el escaso o nulo celo brindado por los profesores a la enseñanza. A ello se suma las proclamadas luchas contra las herejías que enmascaraban, en ocasiones, una aguda resistencia de las Casas a permitir la penetración de los nuevos saberes científicos, perdiendo en consecuencia aquella iniciática brillante fuerza y místico empuje con que habían nacido los *studium generale*.

En tiempo tan bien dispuestos, no faltan empeños para volver a dotar a la Universidad de los pasados brillos que le había significado el Renacimiento. *Y aunque el Omnius scientiarum princeps Salmantica docet* todavía importaba el señorío de su antiguo esplendor, una realidad más deslucida se impone sin vueltas.

Feijoo encuentra el horizonte de la Universidad española del siglo XVIII oscurecido por sombríos matices que encabeza la falta de universitarios, debidamente

(14) *“Viven tan satisfechos de su saber, como si poseyesen toda la enciclopedia. Basta nombrar la nueva filosofía para conmovier a éstos el estómago. Apenas pueden oír sin mofa y carcajada el nombre de Descartes. Y si les preguntan qué dijo Descartes, o qué opiniones nuevas propuso al mundo, no saben ni tienen qué responder, porque ni aún por mayor tienen noticia de sus máximas, ni aun de alguna de ellas”.* FEIJOO Y MONTENEGRO, Benito Jerónimo. *Causas del atraso que se padece en España en orden a las ciencias naturales*, en *Biblioteca de Autores Españoles, obras escogidas del padre Benito Jerónimo Feijoo y Montenegro*, M. Rivadeneyra Impresor, Madrid, 1863, pp. 540 y 541.

(15) PESET, Mariano - PESET, José Luis. *La Universidad española, siglos XVIII y XIX, Despotismo y Revolución Liberal*, Editorial Taurus, Madrid, pp. 22.

preparados para lidiar con propiedad en las aulas¹⁶. Una concepción crítica y antidogmática del conocimiento, opuesta al saber tradicional, basado en el principio de autoridad, es un buen punto de partida para concretar las reformas de las casas de estudio. Carlos III dirige su atención a la Universidad de Salamanca y acomete la reforma de su plan de estudios, reforma que luego influirá notablemente en el diseño de los planes para las universidades indianas. El nuevo plan, inicialmente elaborado por el propio claustro salmantino un año antes, fue modificado y puesto en vigor el 3 de agosto de 1771. La Universidad había recibido ya, como es natural, la formal comunicación de la orden de expulsión de la Compañía de Jesús, a la par que se le impuso suprimir las cátedras de la escuela jesuítica y prohibir la consulta de sus autores clásicos:

“...que se extingan en todas las universidades de éstos mis reinos las cátedras de la escuela llamada jesuítica -suarista mejor-, y que no se use de los autores de ella para la enseñanza”¹⁷.

Se recomienda la lectura de la obra del domínico catedrático de prima de Teología, Fray Luis Vicente Mas de Casavalls, *Incommoda Probalibismi*, cuya venta fue autorizada por la Real Cédula de Carlos III fechada en el Pardo el 15 de marzo de 1768, quien expresamente se había pronunciado en contra de las doctrinas del Concilio de Constanza, disposición que luego se impuso en las universidades de las Indias.

Concluyeron de este modo en las aulas jesuíticas, la enseñanza del probabilismo, cuyos fundamentos madurados en la obra Bartolomé de Medina (1527-1580): *Expositio in primam secundae Angelici Doctoris Divi Thomae Aquinatis*, expuestos con claridad en el principio: *“Sest opinio probabilis, licitum est cam sequi, licet opposita probabilior sit”*, crearon un admirable sistema que se llamó *la moral casuística*, y es justamente con la enseñanza jesuítica que ingresa y alcanza un fino desarrollo el probabilismo en la Universidad de Córdoba, proyectándose en la formación jurisprudencial del derecho, y de una manera muy especial en los derechos Canónico y Penal¹⁸.

(16) Leamos al benedictino: *“Bien creo yo que se encuentran algunos tan rudos en las aulas, que a menos de darle la doctrina mascada y digerida de este modo, no saben usar de ella en la disputa. Mas lo que se debe practicar con éstos es despacharlos para que tomen otro oficio. Conviniera mucho al público, que, en cada Universidad hubiese un visitador o examinador, señalado por el príncipe o por el supremo Senado, que informándose cada año de los que son aptos o ineptos para las letras purgase de éstos las escuelas. Con este arbitrio habría más gentes en la República para ejercer las artes mecánicas y las ciencias abundarían de más floridos profesores, pues se ve a cada paso que al fin alguno de los zotes, a fuerza de favores, quitan del empleo del magisterio a algunos beneméritos, lo que no podría suceder si con el tiempo los retirasen de la aula, como a los inválidos de la milicia”*.

(17) *Memorial histórico español*, T. XIII, 73 citado por PESET, Mariano - PESET, José Luis, cit., p. 96.

(18) PEÑA, Roberto I. *Los sistemas jurídicos en la enseñanza del derecho en la Universidad de Córdoba (1614 -1807)*, Ediciones de la Academia Nacional de Derecho, Córdoba, v. III, 1986, p. 39.

El arte de la abogacía significó, asimismo, la posibilidad de concreción de otras expectativas cara a la sociedad española. Los letrados no tardan en rodear la corte del rey. Ministros, Secretarios, Consejeros, Oidores, Asesores, acuden solícitos a los estrados reales, ofreciendo sus servicios y poco tardan en trepar por senderos de recompensas, preeminencias, honores y fama alimentando una burocracia que nutría a su vez Consejos Reales, Audiencias y Cancillerías, donde la nobleza de segundones halló el seguro trampolín para el ascenso social. Pese a ello “*siempre había hueco para el jurista de talento... mientras le acompañare la suerte y el favor*”¹⁹. Lo acredita la ilustre carrera de Macanaz, Campillo, José Molino, futuro conde de Floridablanca y hasta los asturianos de mejor cuna, Jovellanos y Campomanes. Por su parte, el horizonte social de las Indias mixturaba una complejidad estamental, cuya progresiva jerarquización no desdeñó admitir como seguro factor de ascenso al poder el paso por las aulas de derecho.

Entretanto, la Universidad española del Siglo XVIII, heredera de tradiciones seculares privilegiaba el estudio del Derecho romano y los letrados graduados en sus aulas desconocían la práctica del derecho que requerían los tiempos. Su formación, exclusivamente teórica se nucleaba en torno a la *Instituta* pieza fundamental de todos los planes de estudio de las carreras de derecho y parciales secciones del Código y del Digesto. Obviamente, advertir las concordancias y discrepancias de los textos romanos y ejercitarse en su sistematización, resultaba insuficiente para un abogado del setecientos que aspiran a ganarse la vida con la realidad jurídica que imponía el mundo castellano o el indiano. Las pasantías en bufetes de letrados suplían estas señaladas ausencias y ponían en contacto al novel abogado con los textos de recopilaciones, ordenanzas y leyes cuyas admoniciones le acompañarían toda la vida.

No tardan en aparecer, empero, las voces que bregan por un drástico cambio en los planes de estudio del Derecho. Pablo de Mora y Jaraba adelanta hacia 1748 la necesidad de formar letrados prácticos²⁰, buenos conocedores del derecho del Reino. Años antes, Felipe V había propuesto, tanto en 1713 como en 1741, la enseñanza de Derecho Patrio en las universidades, sin que el proyecto alcanzara a prosperar. La novedad vuelve a cobrar bríos en el proyecto del ilustre valenciano Mayans de 1767, a quien el mismo Rey había recibido en El Escorial, encomendándole la elaboración de un informe que le impusiese sobre el estado de la enseñanza universitaria. El encargo es cumplido con creces el 1 de abril de 1767 en *Idea del nuevo método que se puede practicar en la enseñanza de las Universidades en España*. El Plan de Mayans es adoptado por la Universidad de Valencia en 1786, utilizándose las *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, de los aragoneses Ignacio Jordán de Asso y Miguel de

(19) PESET, Mariano - PESET, José Luis, cit., p. 284.

(20) MORA Y JARABA, Pablo de. *Tratado Crítico. Los errores de Derecho Civil y abuso de los jurisperitos*, Madrid, 1748.

Manuel Rodríguez, texto nacido en 1771 “*al calor de la reforma universitaria*”²¹, que naturalmente recogía la sistematización metodológica de la Instituta Justiniana para el tratamiento del Derecho Castellano precedido de una introducción histórica. Abrevaba en las fuentes legales de las *Partidas*, *la Recopilación*, *el Fuero Real* y *el Fuero Juzgo*. La posterior actualización de esta obra, que abrió camino en la enseñanza del Derecho Patrio, estuvo a favor de Juan Sala. Su *Ilustración del Derecho Real de España* avanzó en sistematización y método expositivo, a la par que rejuvenecía sus textos, incorporando las novedades de la *Novísima* que, por su posterioridad, no habían pasado a las *Instituciones* de Asso y Manuel²².

Pero la reforma no concluye en estos planteos. La propuesta, asimismo, del estudio del Derecho Natural y de Gentes, necesariamente debía acompañar el pensamiento del iusnaturalismo racionalista. La confesión de Finestres escrita en carta a Mayans desde Cervera, el 13 de enero de 1769: “*Quiera Dios que no se introduzcan en España los errores de los noveleros franceses y septentrionales... En España siempre han apreciado las cosas forasteras y despreciado las del país...*”²³ no parece representar demasiado el espíritu de la época, más inclinado a admitir el pensamiento de Verney, sensible al cambio, o a compartir el diseño del plan de estudios de Olavide, que brega por la creación de cátedras consagradas al cultivo del Derecho Natural y de gentes que tras la expulsión de los jesuitas se abre camino en la reforma universitaria.

La reorganización de los Reales Estudios de San Isidro, operada tras la expulsión jesuítica, consagra la enseñanza universitaria de la nueva disciplina. Textos adheridos a las nuevas corrientes comienzan a circular en las universidades como las *Instituciones Iuris Naturae et Gentium secundum catholica principia* de Juan Bautista Almici²⁴, que adopta Valencia en 1786 y luego Sevilla y Granada hasta 1794, año en que los temores que suscitó la Revolución Francesa, adherida al iusnaturalismo racionalista, convierten en deseables, por más seguros, los planteos anteriores, cuya legitimidad se robustecía en una plácida ancianidad. Es también el pensamiento del

(21) PESET, Mariano. “Correspondencia de Gregorio Mayans y Siscar con Ignacio Jordán Asso del Río y Miguel de Manuel Rodríguez, 1771-1780”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, v. XXXVI, Madrid, 1966, p. 572.

(22) La cuestión encontró eco en la realidad americana: “*Callen el romanismo y sus secuaces/ nuestros códigos salgan del olvido y/enséñese mejor en nuestras clases/el genio nacional allí embebido,/ admiremos sus leyes primordiales y/las costumbres con que ha regido*”. Rimaba en 1819, el jurisperito cubano Prudencia Echavarría y O’Gaban en su célebre Sátira dedicada al general Juan Manuel Cajigal, compuesta a la temprana edad de 23 años, insistiendo en el estudio excesivo que del Derecho Romano efectuaban las Facultades de Derecho.

(23) CASANOVAS, I. y BATLLORI, M., *Joseph Finestres Epistorari II*, 349, citado por PESET, Mariano - PESET, José Luis, cit., p. 293.

(24) Nacido y fallecido en Brescia en 1717 y 1793 dedicó toda su vida a la difusión y reelaboración de la obra de Puffendorf con los aportes de Grocio, Wolff, Vattel, Burlamaqui, Montesquieu, definiendo el Derecho Natural “*como la ley eterna inmutable y regla constante de nuestras acciones, a la cual debemos conformar nuestro comportamiento*”. Conforme ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio. *Estudios de Historia de la Universidad Española*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1993, p. 156.

Conde de Floridablanca, quien en carta personal, escrita al embajador de la Corte de Madrid en París, conde Fernán Núñez, le decía:

“En buen lío os habéis metido allí con esas asambleas nacionales. A mí me dan tenor tornadizo, inconstante y aventurero... Nosotros no deseamos aquí tantas luces, ni lo que de ellas resulta: la insolencia de los actos, de las palabras y de los escritos contra los poderes legítimos”²⁵.

Son tiempos pues propicios para la confrontación ideológica y el cambio y este es el clima intelectual que rodea a Belgrano cuando cursa sus estudios en Salamanca.

La Universidad estaba gobernada entonces por el padre Diego Muñoz-Torrero y Ramírez Moyano un sacerdote, destacado catedrático y político español que tuvo un definido papel en la elaboración de la Constitución española de 1812, protagonizando una descollante actuación en las Cortes de Cádiz, que incluso llegaría a presidir, cuando abogó apasionadamente por el cese de la Inquisición española y la libertad de imprenta.

Manuel Belgrano llevó a cabo los cursos de 1786 a 1788 pero no concluyó su tránsito en dicha Casa sino que se trasladó a Valladolid donde logró finalmente graduarse como Bachiller en Leyes en 1789.

El Plan salmantino de 1771, luego reformado en 1802, exigía el aprendizaje de dos años de Instituta con los textos de Vinnio y Heineccio, un tercero de Digesto con la Paratitla de Cujas complementado por la obra de Antonio Agustín Albanell, el *Agustinus* y los textos de Mayans. En el año siguiente se estudiaba el Código y el *Volumen*. Más tarde en las Cátedras de Prima y Vísperas se enseñaría el Derecho Patrio estudiándose las Partidas y la Recopilación completadas por los textos de Sotelo, Fernández de Mesa, Juan Lucas Cortes sobre la base de la *Sacra Themidis Hispanae Arcana* publicada por Franckenau²⁶ y las Instituciones de Castilla de Asso y Manuel, amén de las Leyes de Toro y la Curia Philipica de Hevia Bolaños. Esta era pues la básica educación formal que ofrecía la Universidad. Pero muy pronto otras lecturas cautivaron al joven Belgrano. Jovellanos, Campomanes, Quesnay, Genovesi, Smith, Montesquieu se convirtieron en los autores que lo acompañaron en sus espacios de lectura porque: *“Al concluir mi carrera por los años de 1793, las ideas de economía política cundían en España con furor”²⁷.*

(25) MOUSSET, Albert. *Un témoin ignore de la Revolution: le comte de Ferán Núñez, ambassadeur d'Espagne a Paris (1787 - 1791)*, París, 1924, p. 49 (Carta sin fecha).

(26) *Sacra Themidis Hispanae arcana, jurium legumque ortus, progressus, varietates & observantiam: cum praecipuis glossarum, commentariorum que quibus illustrantum, auctoribus et fori hispani praxi hodierna / publicae luci exponit D. Gerardus Ernestus de Franckenau*. Mayans alertaba sobre la posible autoría de Juan Lucas Cortes en la redacción de la obra, cuya biblioteca y papeles fueron comprados por el primero en la almoneda de los mismos ocurrida en Madrid en 1702.

(27) BELGRANO, Mariano. *Autobiografía*, cit.

La Chancillería de Valladolid lo dispensa como abogado el 31 de enero de 1793. Belgrano explica su decisión con estos términos:

“Confieso que mi aplicación no la contraje tanto a la carrera que había ido a emprender, como el estudio de los idiomas vivos, de la economía política y al derecho público, y que en los primeros momentos en que tuve la suerte de encontrar hombres amantes al bien público que me manifestaron sus útiles ideas, se apoderó de mí el deseo de propender cuanto pudiese al provecho general, y adquirir renombre con mis trabajos hacia tan importante objeto, dirigiéndolos particularmente a favor de la patria”.

La decisión había sido anticipada en la Carta que Manuel le envía a su madre el 11 de agosto de 1790:

“Del todo desisto de graduarme de Dr., lo contemplo una cosa muy inútil y un gasto superfluo, a más de que si he de ser Abogado me basta el grado que tengo, y la práctica que hasta hoy voy adquiriendo, lo que sí pienso en dicho grado tengo que sujetarme otros 4 años más en Universidad y a qué gastar el tiempo en sutilezas de los Romanos que nada hacen al caso, y perder el precioso tiempo que se debía emplear en estudiar más útiles, con que si acaso mis ideas no tienen efecto, Vms podrán disponer como mejor les pareciese en la inteligencia que tengo por muy inútil ser Dr. pues de nada sirve”²⁸.

Pero su tiempo en Europa coincide con el estallido de la Revolución Francesa y ello resulta vital en la formación política de Manuel Belgrano “... iluminando con sólidos resplandores las profundidades de su ser moral y a completar las ideas sin aplicación práctica, que hasta entonces había recogido en sus lecturas”²⁹.

El mismo protagonista reconoce la influencia del estruendo francés:

“Como en la época de 1789 me hallaba en España y la revolución de Francia hiciese también la variación de ideas, y particularmente en los hombres de letras con quienes trataba, se apoderaron de mi las ideas de libertad, igualdad, seguridad, propiedad, y sólo veía tiranos en los que se oponían a que el hombre, fuese donde fuese, no disfrutase de unos derechos que Dios y la naturaleza le habían concedido, y aun las mismas sociedades habían acordado en su establecimiento directa o indirectamente”³⁰.

Aun en España gestiona su incorporación al Consulado que se pretende erigir en la ciudad cuya actividad mercantil, de la mano de una próspera burguesía de mercaderes, crecía a pasos agigantados. El propio Belgrano así lo explica en su Autobiografía:

(28) Manuel Belgrano a su madre María Josefa González Casero. Madrid, agosto 11 de 1790. Museo Histórico Provincial de Rosario. Provincia de Santa Fe. Documento Número 513. Transcrita en *Epistolario Belgraniano*. Editorial Taurus. Nueva Dimensión Argentina, Buenos Aires, 2001. p. 53.

(29) MITRE, Bartolomé. *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, Tomo I, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1967, p. 72.

(30) BELGRANO. *Autobiografía*, cit.

“ Al concluir mi carrera por los años de 1793, las ideas de economía política cundían en España con furor, y creo que á esto debí que me colocaran en la secretaría del Consulado de Buenos Aires erigido en tiempo del ministro Gardoqui, sin que hubiese hecho la más mínima gestión para ello; y el oficial de secretaría que manejaba estos asuntos (d) aun me pidió que le indicase individuos que tuvieran estos conocimientos, para emplearlos en las demás corporaciones de esa clase, que se erigían en diferentes plazas de comercio de América³¹.

Ocho años después, volvía a su patria plétórico de juventud e ilusiones, munido de los flamantes despachos de Secretario del Consulado, instituto que se erigiría solemnemente, celebrando su primera sesión el 2 de junio de 1794.

Mitre imagina un joven Belgrano brillante y animoso que se incorpora a la vida social de Buenos Aires con las mejores expectativas. Dice:

“... sintiose circundado desde luego por una atmosfera simpática. Joven, rico y de bella presencia, todas las puertas se abrían a su paso. El prestigio de un viaje al Viejo Mundo, su instrucción variada, sus conocimientos de la música, su título de abogado, las consideraciones que había merecido en la Metrópoli y sus maneras afables y cultas contribuyeron a darle un lugar distinguido en la sociedad y a ponerle en relación con los jóvenes más inteligentes de la época. Entre estos se ligó a Castelli, a quien comunicó su gusto por los estudios económicos, recibiendo en cambio los efluvios magnéticos de aquella alma de fuego”³².

Su paso por el Consulado de Buenos Aires le permitió instrumentar el bagaje teórico adquirido en Europa, y aunque no pudo concretar sustanciales reformas económicas por las que bregaba en sus Informes respaldados en el librecambio³³, alcanzó a alentar reformas educativas que incluían la fundación de la Escuela de Náutica y la Academia de Geometría y Dibujo, a las que sumaría gestiones por la fundación de la Escuela de Comercio y la de Arquitectura y Perspectiva. La crisis de la monarquía hispánica a consecuencia de la invasión napoleónica

(31) Y concluye: *“Cuando supe que tales cuerpos en sus juntas, no tenían otro objeto que suplir á las sociedades económicas, tratando de agricultura, industria y comercio, se abrió un vasto campo a mi imaginación, como que ignoraba el manejo de la España respecto á sus colonias, y sólo había oído un rumor sordo á los americanos de quejas y disgustos, que atribuía yo á no haber conseguido sus pretensiones, y nunca á las intenciones perversas de los metropolitanos que por sistema conservaban desde el tiempo de la conquista. Tanto me aluciné y me llené de visiones favorables á la América; cuando fui encargado por la secretaría, de que en mis Memorias describiese las Provincias, á fin de que sabiendo su estado pudiesen tomar providencias acertadas para su felicidad: acaso en esto habría la mejor intención de parte de un ministro ilustrado como Gardoqui, que había residido en los Estados Unidos de la América del Norte, y aunque ya entonces se me rehusaran ciertos medios que exigí para llenar como era debido aquel encargo, me aquieté; pues se me dio por disculpa que viéndose los fondos del Consulado, se determinaría”.* Belgrano, Manuel: *Autobiografía*, cit.

(32) MITRE, Bartolomé. *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, cit., p. 76 y ss.

(33) Enfrentado al cuerpo de acaudalados comerciantes con fuertes intereses en el comercio monopolístico de Cádiz, sostenía Belgrano: *“El comerciante debe tener libertad para comprar donde más le acomode y es natural que la haga donde se le proporcione el género más barato para reportar mas utilidad”.*

desarticuló la aceitada armonía del mundo indiano. Muy pronto se iniciaron los procesos de emancipación a los que se incorporaría Belgrano integrando a la primera Junta de Gobierno en calidad de vocal y es aquí cuando es convocado a desempeñarse como militar.

III. Una expedición “en cabezas acaloradas”

El Cabildo abierto del 24 de julio de 1810 convocado por el Gobernador de Paraguay Bernardo Luis de Velasco y Huidobro, resuelve acatar la autoridad del Consejo de Regencia y establecer “*fraternal amistad*” con la Junta de Buenos Aires.

La Junta no acepta lo decidido y resuelve imponer un bloqueo comercial y auxiliar “*con la fuerza armada a los pueblos de la Banda Oriental, Santa Fe, Corrientes y Paraguay*” a quienes intentaba proteger de los enemigos de la revolución y reponer “*la obediencia y la tranquilidad*” afectada “*por los sucesos de Montevideo*”.

El mismo Belgrano confesaría:

*“Me hallaba de vocal en la Junta provisoria, cuando en el mes de agosto de 1810, se determinó mandar una expedición al Paraguay, en atención a que se creía que allí había un gran partido por la revolución, que estaba oprimido por el gobernador Velasco y unos cuantos mandones... La Junta puso las miras en mí, para mandarme con la expedición auxiliadora, como representante y general en jefe de ella: admití porque no se creyese que repugnaba los riesgos, que sólo quería disfrutar de la capital, y también porque entreveía una semilla de división entre los mismos vocales, que yo no podía atajar, y deseaba hallarme en un servicio activo, sin embargo de que mis conocimientos militares eran muy cortos, pues también me había persuadido que el partido de la revolución sería grande, muy en ello, de que los americanos al sólo oír libertad, aspirarían a conseguirla”*³⁴.

Con loable humildad Belgrano evoca su falta de conocimientos militares, pero allí también están señaladas las razones que lo llevaron a aceptar el mando de la expedición al Paraguay: El paso heroico de un intelectual formado en las ideas ilustradas, convertido mas tarde en un funcionario leal a la Corona, que intenta aplicar sus conocimientos para mejorar la economía y desterrar la vileza del criterio de “*comprar por cuatro para vender por ocho*” al plano de un patriota dispuesto a inmolar su vida por la revolución americana.

“Sabido es la entrada en Buenos Aires del general Beresford, con mil cuatrocientos y tantos hombres en 1806: hacía diez años que era yo capitán de milicias urbanas, más por capricho que por afición a la milicia. Mis primeros ensayos en ella fueron en esta época. El marqués de Sobremonde, virrey que entonces era de las provincias, días antes de esta desgraciada entrada, me llamó para que formase una compañía de jóvenes del

(34) BELGRANO, Manuel. “Memoria sobre la Expedición al Paraguay, 1810-1811”, en *Biblioteca Virtual Universal*.

comercio, de caballería, y que al efecto me daría oficiales veteranos para la instrucción: los busqué, no los encontré, porque era mucho el odio que había a la milicia en Buenos Aires; con el cual no se había dejado de dar algunos golpes a los que ejercían la autoridad, o tal vez a esta misma que manifestaba demasiado su debilidad”³⁵.

El 4 de septiembre se dispone la formación de la fuerza militar encabezada por Belgrano, cuyo teatro de operaciones a Santa Fe, Corrientes y el Paraguay se amplía el 22 del mismo mes. Meses después, el 30 de julio de 1811, la Junta de Gobierno fijaba el sueldo de los expedicionarios al Paraguay³⁶. Comenzaba entonces a tejerse un periplo cuyos avatares quedarían asentados en las breves pinas de un Diario de marcha: “*Memoria sobre la Expedición al Paraguay, 1810-1811*”, que refleja con pesadumbre la propia andadura del agobio, porque el texto está recorrido por una rutina acezante, donde a iniciales estallidos de esperanza y optimismo le suceden inevitablemente amargas confesiones de desánimo. “*Pierdo la paciencia, mi salud y el tiempo... así estoy rabiando siempre*”³⁷ le escribe a Moreno, sombríos sentimientos que no tardan en repetirse una y otra vez. Enfermo y aún convaleciente, Belgrano emprendió la marcha de la expedición desde Buenos Aires con el propósito de aumentar sus efectivos con el reclutamiento de tropas durante su camino, dirigiéndose a San Nicolás con:

(35) La elocuencia del relato es significativa: “*Se tocó la alarma general y conducido del honor volé a la fortaleza, punto de reunión: allí no había orden ni concierto en cosa alguna, como debía suceder en grupos de hombres ignorantes de toda disciplina y sin subordinación alguna: allí se formaron las compañías y yo fui agregado a una de ellas, avergonzado de ignorar hasta los rudimentos más triviales de la milicia, y pendiente de lo que dijera un oficial veterano, que también se agregó de propia voluntad, pues no le daban destino. Fue la primera compañía que marchó a ocupar la casa de las Filipinas, mientras disputaban las restantes con el mismo virrey de que ellas estaban para defender la ciudad y no salir a campaña, y así sólo se redujeron a ocupar las Barrancas: el resultado fue que no habiendo tropas veteranas ni milicias disciplinadas que oponer al enemigo, venció éste todos los pasos con la mayor facilidad: hubo algunos fuegos fatuos en mi compañía y otros para oponérsele; pero todo se desvaneció, y al mandarnos retirar y cuando íbamos en retirada, yo mismo oí decir: “Hacen bien en disponer que nos retiremos, pues nosotros no somos para esto”. Confieso que me indigné, y que nunca sentí más haber ignorado, como ya dije anteriormente, hasta los rudimentos de la milicia; todavía fue mayor mi incomodidad cuando vi entrar las tropas enemigas y su despreciable número para una población como la de Buenos Aires: esta idea no se apartó de mi imaginación y poco faltó para que me hubiese hecho perder la cabeza: me era muy doloroso ver a mi patria bajo otra dominación y sobre todo en tal estado de degradación, que hubiese sido subyugada. por una empresa aventurera, cual era la del bravo y honrado Beresford, cuyo valor admiro y admiraré siempre en esta peligrosa empresa” (BELGRANO, Manuel. *Autobiografía*, cit.*

(36) Disponía: “*Los Srs. Don Manuel Belgrano y D. Vicente A. de Echevarría pasan á la Provincia del Paraguay en comisión del servicio, con el goce de doce pesos diarios cada uno por razón de sueldo y dietas, acompañándolos en clase de secretario Don Pedro Cavia, con la asignación de seiscientos pesos anuales durante su comisión, lo que avisa á Vms. para que en este concepto les hagan los respectivos abonos desde esta fecha, tomándose razón en el Tribunal de Cuentas. Dios guarde á Vms. muchos años. Tómese razón en el Tribunal de Cuentas. Buenos Aires, julio 31 de 1811. Hilario Ramos Mejía. Archivo General, Libros del Tribunal de Cuentas 1811-T. III. En Registro Nacional de la República Argentina, Tomo I, p. 114.*

(37) Carta de Manuel Belgrano a Mariano Moreno fechada en La Bajada del Paraná el 27 de octubre de 1810, en *Epistolario*, cit., p. 89.

“200 hombres de la guarnición de Buenos Aires, de los cuerpos de granaderos, arribeños y pardos, poniendo a mi disposición el regimiento que se creaba de caballería de la Patria, con el pie de los blandengues de la frontera, y asimismo la compañía de blandengues de Santa Fe y las milicias del Paraná, con cuatro cañones de a cuatro y respectivas municiones”³⁸.

En San Nicolás encontró sesenta hombres *“de los que se decían veteranos, y el resto, hasta cien hombres... que se habían sacado de las compañías de milicias de aquellos partidos... verdaderos reclutas vestidos de soldados”*³⁹ y otros contingentes del norte de Buenos Aires y sur de Santa Fe, *“reclutas vestidos de soldados,”* donde no faltaban los presos de las cárceles capitulares⁴⁰, carentes de toda instrucción militar, *“que huyen las caras al hacer fuego”* con carabinas malísimas *“que a los tres tiros quedan inútiles”*, trasladándose luego a Santa Fe donde incorpora 40 blandengues.

Belgrano es un Jefe militar cumpliendo instrucciones de la Junta. Pero también es un hombre que integra el gobierno de la misma y le preocupa la realidad social de los escenarios que atraviesa. Suma pues a sus tareas este propósito. En Santa Fe advierte la poca asistencia a clase de los niños de la escuela local. Decide entonces reconvenir al Cabildo para que amonestara a los padres *“que no distrajeses a sus hijos del cultivo de sus tiernas inteligencias, pues la patria necesitaba de ciudadanos instruidos”*⁴¹, informando a la Junta sobre la conveniencia de adoptar urgentes medidas para evitar que se continuase enterrando en sagrado o recomendando la aplicación de la vacuna contra la viruela. Llegan luego a La Bajada donde comenzó la organización de los destacamentos, su instrucción y aprovisionamiento, reuniendo *“las carretas y animales para la conducción de aquella y caballada para la artillería y tropa”*⁴². Allí se incorporaron 200 Patricios al mando de Gregorio Pedriel. El ingreso de los Patricios llena de gozo al General. Con un desbordante entusiasmo e ilusión que no tardará en estrellarse, le escribe esperanzado al Secretario Mariano Moreno:

“Con este socorro ya nada hay que temer créamelo V. amigo mío; su Belgrano hará temblar a los impíos que quieran oponerse a nuestro Gobierno, por los lugares donde vaya el Ejército que le ha confiado ya podre decir que tengo gente, y gente cuyo ejemplo ira entusiasmando a cuantos los rodeen Deje a mi cuidado el dejar libre de godos al País de nuestras dependencias... Haré cuanto pueda para dar a V. pruebas de pienso como V. por la Patria. No quedará un fusil, ni un solo hombre malo en la Provincia del Paraguay no dude V. que mi rapidez, si la Naturaleza no se trastorna, será como la del rayo, para reducir a nada si es posible, a los insurgentes de Montevideo, me quemo

(38) BELGRANO, Manuel. *“Memoria sobre la expedición al Paraguay, 1810-1811”*, Biblioteca Virtual Universal.

(39) Ibidem.

(40) DENIRI, Jorge Enrique. *Epistolario Belgraniano en el AGPC*, Revista del Archivo de la Provincia de Corrientes, Año 6 Numero 7, Moglia Ediciones, Corrientes, 2019, p. 78.

(41) MITRE, Bartolomé. *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, cit., p. 324.

(42) Ibidem.

cuando pienso en esa canalla, y en los autores de mi demora por la vuelta que me hacen dar, pero ellos me la pagarán no menos que los trabajos del Ejército su mantención"⁴³.

La noticia de la Revolución llegó a Corrientes, gobernada a la sazón por el comandante de armas y teniente de gobernador Pedro Fondevilla, en el texto de los oficios respectivos fechados en Buenos Aires el 26 de mayo que lograron arribar casi un mes después. El 18 de junio el Cabildo de Corrientes adhiere a la Revolución "en nombre del Rey Fernando" eligiendo como diputado ante la Junta a José Simón García del Cossio, resultados comunicado a la Primera Junta de Gobierno el 3 de julio.

Se ha juzgado que las noticias de la preparación de una expedición a los territorios mesopotámicos habían sido vistas con una general apatía hasta la incorporación del correntino Elías Galván como teniente de gobernador reemplazando al español Fondevilla el 2 de octubre. Ese mismo 2 de octubre desde Santa Fe le escribe Belgrano al nuevo gobernador impulsándolo a infundir sentimientos de adhesión a la causa de la revolución. Le dice:

*"Debemos tratar de inspirar sentimientos patrióticos, no solo a los que somos oriundos de Españoles, sino con mucha particularidad a los naturales del suelo americano, y para atraerlos y reunirlos a nosotros, inspirándoles amor al servicio de las armas, puede Vm hacer la experiencia con los naturales del Pueblo de Las Garzas proponiéndoles que vengán a servir a mis órdenes, al mando de un Capitán que les entienda bien el idioma y sea un patricio verdadero, para formar con ellos una compañía de lanceros cuyas lanzas pueden traer, pues que según se me asegura, esa es su arma, en la inteligencia que les daré catorce pesos al mes, les vestiré y suministrare ración de carne en abundancia"*⁴⁴.

Un mes después, desde el Cuartel General de Curuzú Cuatiá le confiaba: "Celebro infinito el fuego que se ha apoderado de sus compatriotas... y al efecto desde aora le manifiesto tome sus medidas para acompañarme con la gente que pueda a la que cuando no sea más, le daremos lanzas o cuchillos"⁴⁵.

La preparación de la expedición le insumió múltiples esfuerzos y no pocas desazones en el entrenamiento de los soldados improvisados.

*"Yo he de poner coto a la desertión y si ahora recibo un Ejército de gauchos, tendré la satisfacción de presentarlos a mis Compañeros de fatigas por la Patria, de soldados"*⁴⁶. La continua remonta de los ejércitos patrios tropezó con el problema de la desertión. Forzados a ingresar en las filas militares, separados por largos tiempos de sus vínculos familiares y sociales, mal pertrechados y alimentados con escasas raciones

(43) Carta de Manuel Belgrano a Mariano Moreno fechada en La Bajada del Paraná el 20 de octubre de 1810, en *Epistolario* cit., p. 85 y siguientes.

(44) *Epistolario Belgraniano*, cit., p. 82. También en DENIRI, Jorge Enrique. *Epistolario Belgraniano en el AGPC*, cit., pp. 54-55

(45) DENIRI, Jorge Enrique. *Epistolario Belgraniano en el AGPC*, cit., p. 73.

(46) Carta fechada en Santa Fe el 8 de octubre de 1810 enviada por Manuel Belgrano a Mariano Moreno. En *Epistolario*, cit., p. 83.

de comida y deficientemente retribuidos por las escasas pagas que se atrasaban en recibir, la fuga era siempre un recurso latente, que no solo restaba hombres a la unidad, sino que multiplicaba el ejemplo de la desobediencia y el motín⁴⁷.

Al comenzar la marcha al Paraguay Belgrano confiesa haber impuesto la pena máxima a algunos desertores para de este modo sembrar ejemplo en la tropa y frenar la estampida. Dice:

“Había principiado la deserción, particularmente en los de caballería de la Patria, y habiendo él mismo encontrado dos, los hice prender con mi escolta y conducirlos hasta el pueblo de Curuzú Cuatiá, donde los mandé fusilar con todas las formalidades de estilo y fue bastante para que ninguno desertase”.

A ello se sumaba el desánimo de los reclutas a la hora del combate. Con profunda amargura confesaba Belgrano:

“No he podido menos que irritarme al ver la cobardía de los moradores⁴⁸ pues solo con las manos debían defenderse de 50, o 60 hombres que los invadieron: no observo patriotismo, ni fuego en las gentes de Corrientes, y me es muy doloroso: excítelos V. y enséñeles a acometer con arma blanca a las de fuego que arrollaran a quantos se les presente: hágalos V. burla para acalorarlos y excitarlos a los movimientos de los corazones que desprecian la muerte por la Patria: solo así lograrán el aprecio mio y de la Exma Junta”.

Esta es la situación que debe afrontar Belgrano al marchar con su columna *“por campos que parecía no haber pisado la planta del hombre, faltos de agua y de todo recurso y sin otra subsistencia que el ganado que llevábamos”*⁴⁹. La descripción de las penurias que atravesó el ejército, vadeando ríos y arroyos en improvisadas canoas o en botes de cuero, impulsando con ramas a las toscas balsas que transportaban carretones y carretas o aun atravesando los cursos de agua a nado, con la casi inevitable pérdida de hombres y caballos:

“Llegamos al río Corrientes... y sólo encontramos dos muy malas canoas que nos habían de servir de balsas para pasar la tropa, artillería y municiones: felizmente la mayor parte de la gente sabía nadar y hacer uso de lo que llamamos “pelota” y aún así tuvimos dos ahogados y algunas municiones perdidas por la falta de la balsa. Tardamos tres días en este paso, no obstante, la mayor actividad y diligencia y el gran trabajo de los nadadores que pasaron la mayor parte de las carretas dando vuelcos. El río tendría una cuadra de ancho y lo más de él a nado”.

(47) RABINOVICH, Alejandro. “El fenómeno de la deserción en las guerras de la revolución e independencia del Río de la Plata 1810-1829”, *EIAL Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, Vol. 22, N° 1, 2011, pp. 33-56.

(48) Pobladores de Itatí que habían sufrido el ataque de “insurgentes”. En DENIRI, Jorge Enrique. *Epistolario Belgraniano en el AGPC*, cit., p.96.

(49) BELGRANO, Manuel. *Memoria*, cit.

Aguaceros y turbiones que se descargaban con fiereza sobre las columnas, huérfanas de abrigo suficiente, cuentan también en el relato que señala el paso de las sufridas tropas por páramos inhóspitos, carentes de todo resguardo y expuestos a las repetidas tempestades y temporales del área tropical: *“países habitados de fieras y sabandijas de cuanta especie es capaz de perjudicar al hombre... sufriendo inmensos aguaceros, sin tener una sola tienda de campaña, ni aun para guardar las armas”*.

Recibe donativos de vecinos y el auxilio eficaz de pobladores que colaboran con abastecimientos, ganado en pie y caballos, gestos que comprometen su gratitud:

“Debo hacer aquí los mayores elogios del pueblo de Paraná y toda su jurisdicción; a porfía se empeñaban en servir, y aquellos buenos vecinos de la campaña abandonaban con gusto sus casas para ser de la expedición y auxiliar al ejército de cuantos modos les era posible. No se me olvidarán jamás los apellidos Garrigós, Ferré, Vera y Ereñú: ¡ningún obstáculo había que no venciesen por la patria!”.

El interés y el compromiso de los vecinos con los que se tropieza en el camino:

“el muy benemérito don Ángel Fernández y Blanco, a quien la patria debe grandes servicios... un viejo honrado don Eugenio Núñez Serrano, que se tomó la molestia de acompañarme en toda la expedición, sufriendo todos los trabajos de ella sin otro interés que el de la patria ... el digno europeo don Isidro Fernández Martínez, que me auxilió mucho y se manifestó como uno de los mejores patriotas, acompañándonos hasta un pueblecito nombrado Inguatecorá sufriendo las lluvias y penalidades de unos caminos poco menos que despoblado”.

Desde La Bajada del Paraná le escribe el 12 de octubre a Gregoria Pérez:

“Usted ha conmovido todos los sentimientos de ternura y de gratitud de mi corazón... La excelentísima Junta leerá las expresiones sinceras de V. y estoy cierto que la colocara en el catalogo de los beneméritos de la patria, para ejemplo de los pobladores que la miran con frialdad. Reciba V. a su nombre las gracias que le doy, y admita igualmente las que le doy a nombre de mi ejercito y por mí, que a la par con la Junta jamás sabremos olvidar una efusión tan sincera en beneficio de la santa causa que defendemos”⁵⁰.

Pero aun así las donaciones no lograban paliar la deficiente provisión del ejército. Caballada *“deplorable”* confiesa en un breve pliego dirigido a Elías Galván, cuando le pide lo abastezca de ganado para la mantención del ejército⁵¹. Esta caballada inapropiada ralentizaba la marcha del ejército, demorando los movimientos de las tropas⁵². Armas y pertrechos bélicos resultaban siempre insuficientes y también la provisión de canoas para los desplazamientos por las vías de agua, que solicita le sean enviadas por tierra para no alertar al enemigo

(50) Carta de Manuel Belgrano a doña Gregoria Pérez. Bajada del Paraná 12 de octubre de 1810, en *Epistolario*, cit., p. 84.

(51) DENIRI, Jorge Enrique. *Epistolario Belgraniano en el AGPC*, cit., p.79.

(52) Ídem, p. 80 y p. 86.

*“caminando de noche y de día”*⁵³. En carta a Mariano Moreno le hace saber el que *“pasan de cuarenta las armas que tengo descompuestas”*, informándole que ha debido buscar un armero que cubra el percance⁵⁴.

No deja entonces de advertirle:

*“Mi amigo, todo se resiente de los vicios del antiguo sistema y como en él era condición, sine qua non, el robar, todavía quieren continuar y es de necesidad que se abran mucho los ojos en todos los ramos de la administración, y se persiga a los picaros por todas partes, porque de otro modo, nada nos bastará”*⁵⁵.

A ello se sumaba el escaso número de soldados, la impericia y el descuido de quienes se decían oficiales, la falta de pertrechos, transportes, abrigos para la tropa y alimentos.

Amargura, desasosiego y pesadumbre en un General desbordado por el peso de una misión imposible y que al concluir la carta al Secretario de la Junta le confiesa *“Basta, mi amado Moreno desde las cuatro de la mañana estoy trabajando y ya no puedo conmigo”*⁵⁶.

Siete días más tarde le informaba al mismo interlocutor la pérdida de un carro de municiones para fusil, con 17 cajones *“de modo que solo se han salvado las balas, pues la pólvora se humedeció y se ha perdido todo, habiendo estado tumbado el carro desde las ocho de la noche hasta el amanecer del día siguiente”*⁵⁷, hecho que achacaba a la incompetencia de sus subordinados: *“Sáqueme V. a Warnes, a Correa, a Artigas, y algún otro, todo lo demás no vale, un demonio”*, aun así, confía en poder ir *“formando soldados y oficiales, si es posible, antes de pasar a la otra banda, cuando no sea otra cosa que rutineros”*. Vuelve sobre el tema el 13 de noviembre cuando desde Curuzú Cuatiá le dice:

*“Mi querido amigo: mi salud es nada cuando se trata de la Patria: lo que es mucho es, en verdad es la ineptitud de los oficiales, pero no pierdo instante de instruirlos, y de obligarlos a que se instruyan, leyéndoles la Ordenanza, siempre que se puede, y velando sobre ellos, a todas horas, por fortuna soy de poco dormir y eso me vale mucho”*⁵⁸.

(53) Idem, p.90.

(54) Carta de Manuel Belgrano a Mariano Moreno fechada en La Bajada del Paraná el 20 de octubre de 1810. En *Epistolario* cit., p. 86.

(55) Ibidem.

(56) Ibidem.

(57) Carta de Manuel Belgrano a Mariano Moreno fechada en La Bajada del Paraná el 27 de octubre de 1810, en *Epistolario*, cit., p. 89.

(58) Carta de Manuel Belgrano a Mariano Moreno fechada en Curuzú Cuatiá el 13 de noviembre de 1810, en *Epistolario*, cit., p. 91.

Desde la Bajada, cruza por el territorio entrerriano fundando el pueblo de Mandisoví e ingresa a territorio correntino, por el camino de carretas, donde manda delinear el nuevo pueblo de *Nuestra Señora del Pilar de Curuzú Cuatíá*.

Entonces manifiesta: “*aspiré a la reunión de población, porque no podía ver sin dolor que las gentes de la campaña viviesen tan distantes unas de otras lo más de su vida, o tal vez en toda ella estuviesen sin oír la voz de su pastor eclesiástico, fuera del ojo del juez, y sin un recurso para lograr alguna educación*”.

Allí mismo designa a Tomas de Rocamora gobernador de Misiones. La traza de los pueblos comprendía “*calles delineadas a medios vientos, con el ancho de veinte varas, divididas en manzanas de 100 varas, con dos leguas de ejido*”, ordenando que del producto de la venta de los solares se formase un fondo para el fomento de las escuelas⁵⁹. La preocupación por el bienestar de la población es constante. Desde el Cuartel General de La Bajada del Paraná, el 19 de octubre le dice a Elías Galván: “*Anime a Vmd a esos dignos correntinos, muy pronto estaré con ellos y les hare ver quanto se interesa la Excma junta por su tranquilidad y seguridad, ellos serán vengados de los ultrages que han sufrido por los insurgentes*”⁶⁰.

Continúa luego la marcha atravesando el territorio correntino bordeando los esteros del Ibera. Ingres a territorio misionero cruzando el arroyo Guarupa instalándose en Candelaria. Desde allí comienza la planificación de la invasión al Paraguay desafiando la *barrera formidable del Paraná*, con el confeso propósito de: “*auxiliar la revolución, y al mismo tiempo tratar de inducir a que la siguieran a aquellos que vivían en cadenas y que ni aun idea tenían de libertad*”⁶¹. Confía en el triunfo de las armas. Le dice a Mariano Moreno:

“*Crea V. mi amigo, que el Paraguay de grado o de fuerza, ha de caer en nuestras manos: se acerca a dos mil hombres, el Ejército, al entrar en la Provincia y con el numero solo, pienso imponer a todos aquellos malvados*”⁶².

¿Qué alentaba a Belgrano a sostener una y otra vez, la ilusión de la victoria?

En repetidas ocasiones había manifestado puntualmente a la Junta sus reclamos por la escasez de soldados y la insuficiencia de pertrechos bélicos, la irrisoria formación de la tropa y las dificultades del terreno que debía atravesar que multiplicaba la ausencia de mapas y baqueanos que guiaran el desplazamiento de las columnas. Sin embargo, aún confiaba en derrotar al ejército enemigo y asegurar el gobierno del Paraguay. Con el mismo tono esperanzador le escribe al Teniente Gobernador de Corrientes, Elías Galván:

(59) MITRE, Bartolomé. *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, cit., p. 326.

(60) DENIRI, Jorge Enrique. *Epistolario Belgraniano en el AGPC*, cit., p. 59.

(61) BELGRANO, Manuel. *Memoria*, cit.

(62) Carta de Manuel Belgrano a Mariano Moreno fechada en Curuzú Cuatíá el 13 de noviembre de 1810, en *Epistolario* cit., p. 91.

“La fuerza del Paraguay espero que vaya se suyo a tierras como todo lo que no tiene fundamento y es bien poca para que pueda atajarme los pasos, aunque según las noticias es mas la que hay en Itapuá, no dudo que luego que se desengañen los Paraguayos tomaran otro aspecto las cosas”⁶³.

En tanto le asegura a Cornelio Saavedra:

“No hay quien me siga por donde he transitado, y para matar a un Ejercito enemigo, no necesito más que uno de estos caminos, si se atreve a entrar en ellos... con los pocos auxilios que tengo, espero vencerlos, muy pronto si mis cálculos no salen errados; también es verdad que después me quedan otros obstáculos de tamaño; ¿pero a que hemos venido? a vencerlos; tendremos nuestros contrastes, acaso adversos, mas no por estos hemos de abatirnos: dinero y pólvora y vamos adelante. Dios nos mira benignamente, las glorias de la Patria se van aumentando”⁶⁴.

En este escenario hostil, *“cansado de escribir y lleno de incomodidades para ejecutarlo, baxo de una ramada en donde estoy cuatro días ha”⁶⁵*, en las vísperas del derrumbe de la expedición militar que comandaba, el abogado encuentra el tiempo propicio para redactar los apretados folios del *Reglamento para el régimen político y administrativo y reforma de los treinta pueblos de las Misiones* que fecha en el Campamento de Tacuarí, el 30 de diciembre de 1810.

Y este es el tema que nos ocupa: *el propósito de reorganizar la vida de los pueblos misioneros en medio de una Expedición militar que tras la breve escaramuza de Campichuelo dispersando al enemigo, fue signada inmediatamente por la derrota en las batallas de Paraguarí y Tacuarí, que obligarían a Belgrano a abandonar su inicial empeño, firmando un armisticio que aceptaba la formación de la Junta de Asunción, garantizando el libre comercio por el Paraná a cambio de la retirada pacifica del ejercito a su mando.*

IV. El sueño y la agonía de las Misiones

La expulsión de los jesuitas de 1767 había significado el inicio de un inexorable proceso de disgregación de las misiones. Tras la exclusión de la Compañía, el Gobernador Francisco de Paula Bucarelli y Ursúa dividió el territorio en dos gobernaciones puestas bajo el mando de Francisco Bruno Zavala, administrando los diez pueblos del Uruguay y Juan Francisco de la Riva Herrera sobre los otros veinte pueblos. La Real Ordenanza de Intendentes promulgada por Carlos III el 28 de enero de 1782 con sus modificaciones posteriores, re adjudicó la jurisdicción de las misiones al repartirse entre las Intendencias de Buenos Aires y el Paraguay perturbando la or-

(63) Carta de Manuel Belgrano a Elías Galván fechada en Costa Sur del Paraná el 4 de diciembre de 1810 a las 12 de la mañana, en *Epistolario*, cit., p. 94.

(64) Carta de Manuel Belgrano a Cornelio Saavedra fechada en el Cuartel General de Candelaria el 16 de diciembre de 1810, en *Epistolario*, cit., p. 95 y ss.

(65) DENIRI, Jorge Enrique. *Epistolario Belgraniano en el AGPC*, cit., p.89.

ganización del territorio y provocando la indisciplina y el desorden administrativo en un área donde se multiplicaban las fugas de los indios misioneros.

“De los huidos buena parte pasó al Brasil y el resto se dispersó por Buenos Aires, Montevideo, Paraguay, Santa Fe, Entre Ríos y Corrientes; los que tenían oficios se dirigieron a las ciudades, los trabajadores no especializados se conchavaron como peones en las estancias de la campaña”⁶⁶.

De modo tal, que de las antiguas misiones jesuíticas huían todos los naturales que podían insertarse por las destrezas adquiridas en el mercado laboral,⁶⁷ permaneciendo los que carecían de oficio y voluntad de trabajo *“paulatinamente embrutecidos por la explotación de los administradores laicos”⁶⁸*. El capitán de Blandengues Jorge Pacheco, Jefe militar de la frontera de Buenos Aires y de Montevideo, comisionado en múltiples ocasiones para perseguir, contrabandistas y delincuentes, célebre por sus procedimientos expeditivos⁶⁹ al finalizar el Siglo XVIII manifestaba que los guaraníes *“si no se los arrea nada hacen y si se los arrea, desertan”⁷⁰*.

Se multiplicaron los afanes por contener la situación. El 17 de agosto de 1780 el segundo Virrey del Río de la Plata, el novohispano⁷¹ Juan José de Vértiz y Salcedo dicta un Bando que prohíbe contratar a los indios misioneros, en casas, chacras ni haciendas bajo penas de multa, intentando vanamente que retornaran a sus pue-

(66) URQUIJO, José María Mariluz. “Los guaraníes después de la expulsión de los jesuitas”, *Estudios Americanos*, Número 25, Sevilla, 1953.

(67) *“Los indígenas que eran habilidosos plateros, herreros, armeros, carpinteros, zapateros, albañiles, tejedores, sastres, torneros, los artesanos de rosarios, curtidores, ladrilleros, alfareros, podían encontrar empleo sin dificultad alguna en esta economía en desarrollo”*. Conforme SARREAL, Julia. *“Los guaraníes y sus misiones”*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2018, p. 230.

(68) URQUIJO, José María Mariluz. *“El Virreinato del Río de la Plata en la época del marqués de Avilés. (1799-1801)*, Editorial Plus Ultra Colección del 5to Centenario, Buenos Aires, 1987, p. 390.

(69) *“Criminal que caía en sus manos era favorecido con un chaleco de cuero crudo, que el mismo Pacheco ajustaba al cuerpo del infeliz, que abandonado al sol, era estrujado por el original instrumento de tortura”*. Conforme URQUIJO, José María Mariluz. *El Virreinato del Río de la Plata*, cit., p. 366.

(70) Ídem, p. 390.

(71) Había nacido en 1719 en la ciudad de Mérida, Capitanía General de Yucatán, Virreinato de Nueva España, asumiendo su cargo de Virrey el 26 de junio de 1778.

blos⁷², la inutilidad de esta política obliga al Virrey del Pino a admitir que quedaran los que disponían de un oficio y pudieran subsistir⁷³.

En el lento proceso de quiebra del sistema misionero que se prolonga por décadas⁷⁴ menudean las quejas contra los administradores españoles por los abusos y las irregularidades cometidas en la dirección del régimen comunitario, la avaricia en la distribución de las utilidades, la desinversión y la falta de cuidado de los bienes de producción⁷⁵, circunstancias que paralizan la manufacturación y comprometen su calidad, socavando la estrategia de vida y trabajo de las misiones, entorpeciendo su gestión a partir del doble comando y el inevitable aumento del gasto de las órdenes religiosas y de los administradores españoles, difícil escenario que aconseja al Virrey Gabriel de Avilés y del Fierro, treinta años después de la expulsión, a proporcionar el principio del golpe final, desmantelando la estructura comunitaria, eximiendo de las cargas y de los trabajos de comunidad a 323 familias que se considera capaces para subsistir libres, “*El medio para conseguirlo [el alivio de estos miserables] era ponerlos en su natural libertad*”⁷⁶, beneficio que se aumenta, luego de los informes del gobernador Bruno Mauricio de Zavala⁷⁷ a 6.212 personas de los pueblos misioneros. La nueva estrategia concluye con el Real Decreto del 17 de mayo de 1803 que dispone

(72) “*Por el presente ordeno y mando á todos los vecinos estantes y havitantes en esta Ciudad, y su Jurisdicción, de qualquier calidad y condición que sean que ninguno pueda servirse de los Indios de los Pueblos de Misiones del Uruguay, y Paraná, con pretexto alguno, ni admitirlos al Conchavo de sus Casas Chacras ni Haciendas; y el que los tubiese en semejantes ocupaciones y otras, los manifiesten dentro de tercero dia de la publicación de este Vando, pena de dos cientos p.º de multa que se les exigirán irremisiblemente, y a la Persona que tubiese noticia de la contravención de este Vando y lo denunciase, verificada su serteza, se le premiará con cinquenta pesos que se los entregaran inmediatamente que se exija la multa de los doscientos a el contraventor, y para que llegue a noticia de todos se publicará en la forma acostumbrada. Buenos Ayres diez y siete de Agosto de mil setezientos y ochenta. Firmado: Vertiz*”.

(73) Mariluz Urquijo José María: *Los guaraníes* cit., p. 327.

(74) Señala Julia Sarreal: “*La longevidad de las misiones y su estructura comunitaria se lograron en virtud de las adaptaciones y los acuerdos mutuos entre los administradores españoles, los líderes nativos y el resto de la población guaraní. Los guaraníes hicieron que la vida en las misiones fuera tolerable, protestando contra los abusos perpetrados contra ellos y amenazando verosíblemente con su huida, la finalidad era limitar la capacidad de los funcionarios españoles y de los líderes indígenas a emplear la coacción y la explotación*”. Conforme: SARREAL, Julia. “*Los guaraníes y sus misiones*”, Prometeo Libros, Buenos Aires. 2018.

(75) Un estudio minucioso del proceso de decadencia de las misiones jesuíticas se encuentra en el excelente libro de Julia SARREAL, “*Los guaraníes y sus misiones*”, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2018.

(76) Memoria del Marqués de Avilés a su sucesor. Buenos Aires, 21 de mayo de 1801.

(77) El Virrey solicita al Gobernador el listado de los naturales “*mas aplicados a la agricultura o a la industria o a los contratos; cuya diligencia y buenas costumbres se acrediten de algún modo con la manera de vivir de sus familias o con el porte particular de sus personas si son solteros; concurriendo tambien la calidad de saber nuestro idioma Español en grado suficiente para darse a entender; y que por otra parte no sean notados de capciosos o que prefieran más bien vivir del engaño que de la buena fe; lo qual denotara haberse apartado de sus habitudes originarias o bárbaras*”. Marqués de Avilés a Bruno Mauricio de Zavala. Buenos Aires, 17 de agosto de 1799. En Archivo General de la Nación (en adelante AGN), Sala IX, 18-2-3. Citado por SARREAL, Julia. *Los guaraníes y sus misiones*, cit., pp. 341-342.

suprimir completamente el régimen de comunidad, creando un Gobierno Militar y Político autónomo, entregando en propiedad ganados y tierras a los naturales con prohibición de enajenarlas, tardía reforma que no logra empero su cometido y sobre cuyas múltiples inconvenientes “*de esta mal concebida y peor excusada libertad de todos los indios*” informaba al Virrey, el 6 de enero de 1804 el *Gobernador Interino de los Treinta Pueblos de Misiones Guaraníes y Tapes*, Capitán de Navío Santiago de Liniers⁷⁸, designado en tal carácter el 5 de noviembre de 1802.⁷⁹

Para guarnecer la zona socavada por el acezante peligro portugués se unifica el mando de las Misiones en Bernardo de Velasco en el mes de septiembre de 1805, quien no puede cubrir todo el espacio, razón por la cual tras el breve periodo de Agustín de la Rosa como Comandante de Armas para Misiones, el último de los virreyes, Baltasar Hidalgo de Cisneros designa a Tomas de Rocamora quien adhiere a la Junta de Buenos Aires, en tanto Velasco acataba la autoridad del Consejo de Regencia jurando lealtad. Tal era la delicada situación política y el escenario social de miseria extrema, desidia y desorganización que enfrentó Belgrano y a la cual destina los afanes del Reglamento. Tan sólo un breve párrafo de su *Autobiografía* explica sucintamente la oportunidad del dictado del Reglamento: “*En los ratos que con bastante apuro me dejaban mis atenciones militares para el apresto de todo, disciplina del ejército, sus subsistencias y demás... expedí un reglamento para la jurisdicción*”.

En su modesto vivac del Campamento de Tacuarí el 30 de diciembre de 1810, cansado y conmovido por la dramática situación de los guaraníes, Belgrano escribe:

“A consecuencia de la proclama que expedí para hacer saber a los naturales de los pueblos de Misiones que venía a restituirlos a sus derechos de libertad, propiedad y seguridad de que por tantas generaciones han estado privados, sirviendo únicamente para las rapiñas de los que han gobernado, como está de manifiesto hasta la evidencia, no hallándose una sola familia que pueda decir, éstos son los bienes que he heredado de mis mayores, y cumpliendo con las intenciones de la excelentísima Junta de las Provincias del Río de la Plata, y a virtud de las altas facultades que como a su vocal representante me ha conferido, he venido a determinar los siguientes artículos, con que acredito que mis palabras no son las del engaño ni alucinamiento con que hasta ahora se ha tenido a los desgraciados naturales bajo el yugo de hierro, tratándolos peor que a las bestias de carga, hasta llevarlos al sepulcro entre los horrores de miseria e infelicidad, que yo

(78) “Este rápido informe no me permite extenderme sobre los perjuicios de esta mal concebida, y peor excusada Libertad todos los Yndios libres están en el entender que ser libre, es ser esento de toda practica de Religión, y gozar de una total independenciam de todas Leyes, yo he procurado disuadirle de esta fatal preocupación, castigando con mas severida las faltas de los libres que la de los de Comunidad, mucho de ellos han solicitado volver a ella, pero otros despues de haver consumido el poco Ganado que tenían, no viven más que de Rapiña”, AGN. Sala IX 18-3-3 División Colonia. Misiones 1803-1804.

(79) AGN. Virreinato. L 32.F 249.

mismo estoy palpando con ver su desnudez, sus lívidos aspectos, y los ningunos recursos que les han dejado para subsistir"⁸⁰.

Un hombre hijo de la ilustración no puede menos que inclinarse por la libertad total de los naturales y la supresión de gabelas y tributos. "*Trabajando cada uno para si concurrirá al bien general*"⁸¹

El área misionera se encontraba *tironeada* entre los gobiernos de Buenos Aires y del Paraguay y al mismo tiempo sometida a las continuas amenazas de ocupación de los portugueses. La expedición de Manuel Belgrano intentó llevar a cabo una estrategia que buscaba captar para el gobierno de Buenos Aires a los realistas de Asunción y fortificar la lealtad de los misioneros. Bajo este anhelo se intentó atraer la voluntad de los naturales de las Misiones disponiendo que serían libres, gozando de sus propiedades y disponiendo de ellas "*como mejor les acomode, como no sea atentando contra sus semejantes*". Liberados del tributo eran exceptuados del pago de todo impuesto por el espacio de diez años, concediéndoles "*un comercio franco y libre de todas sus producciones incluso la del tabaco*" con las Provincias del Río de la Plata.

Se ha juzgado que Belgrano, el hombre que años más tarde defendería en las jornadas del Congreso de Tucumán la legitimidad de la Monarquía Incaica, intentaba aquí "*instituir simbólicamente un nuevo sujeto político en la región por medio de una serie de actos y discursos que interpelaron directamente a la población guaraní en su lengua natural, definiendo también una autonomía política y cultural ligada a la reconfiguración de ese espacio*"⁸².

Asimilándolos "*a los españoles que hemos tenido la gloria de nacer en el suelo de América*" se los habilitaba para el ejercicio de "*todos los empleos civiles, políticos, militares y eclesiásticos, debiendo recaer en ellos como en nosotros los empleos del Gobierno, Milicia y Administración de sus Pueblos*", consolidando los derechos de "*los nacidos en este suelo*".

Es decir que se intentaba consolidar una homogenización social en torno a lo *americano*, tendencia que se manifestaba con anterioridad desde el último cuarto del Siglo XVIII para referir a la población de naturales incorporada a la vida colonial. La estrategia que se acelera luego de la Revolución de Mayo multiplicándose las proclamas y manifiestos en lenguas indígenas que invitaban a la población aborigen a sumarse al proceso revolucionario. Todos pregonan la supresión de los tributos, la igualdad para ejercer empleos civiles y políticos, al mismo tiempo que se fundan escuelas de primeras letras, artes y oficios. Un mismo empeño alentaba a su

(80) Senado de la Nación. *Biblioteca de Mayo. Guerra de la Independencia*, Buenos Aires, Tomo XIV p. 12.482 y ss.

(81) Citado por POPESCU, Oreste. *Estudios en la historia del pensamiento económico latinoamericano*, Plaza y Janes, Bogotá, 1986, p. 349.

(82) WILDE, Guillermo. *Religión y poder en las Misiones de Guaraníes*, Editorial sb Serie Historia Americana, Buenos Aires, 2009, p. 309.

primo, Juan José Castelli en el Expedición militar al Alto Perú. Frente a las ruinas de Tiahuanaco el 25 de mayo de 1811 proclamaba:

“... que los indios son y deben ser reputados con igual opción que los demás habitantes nacionales a todos los cargos, empleos, destino y honores y distinciones por la igualdad de derechos de ciudadanos, sin otra diferencia que la que presta el mérito y la aptitud..., promoviendo su beneficio en todos los ramos y con particularidad sobre repartimientos de tierras, estableciendo escuelas en sus pueblos y excepción de carga o imposición indebidas”⁸³.

Se inscribían en este horizonte la *“Disertación Jurídica sobre el servicio personal de los indios”* defendida pocos años atrás por Mariano Moreno en la Academia Carolina de Practicantes Juristas de Charcas, y la propia labor del joven abogado, que más tarde patrocinaría con vehemencia los derechos de los naturales, en su breve práctica profesional en el Alto Perú.

El tema de la extinción del tributo indígena, encomienda, mita y yanaconazgo y toda forma del servicio personal de los indios cobró nuevos bríos en el decreto del 1 de septiembre de 1811 de la Junta Grande y en el decreto de la Asamblea del año XIII del 12 de marzo de 1813. Los textos se publican en lenguas indígenas modalidad guaraní, quechua y aymará *“para la común inteligencia”⁸⁴*.

El vocal de la Junta reglamentó cuidadosamente la traza de los pueblos misioneros:

“de siete cuadras de largo y otras tantas de ancho, y se les señalará por campo común dos leguas cuadradas, que podrán dividirlos en suertes de a dos cuadras, que se han de arrendar a precios muy moderados... con destino a huertas u otros sembrados que más les acomodase, y también para que en lo sucesivo sirvan para propios de cada pueblo. Estos se delinearán a los vientos nordeste, sudoeste, nordeste, sudeste, formando cuadras de a 100 varas de largo y 20 de ancho, que se repartirán en tres suertes cada una, con el fondo de 50 varas... Allí todos los moradores deberían construir sus casas”⁸⁵.

(83) Su compañero de armas, el Auditor del Ejército del Norte Bernardo José de Monteagudo, quien asimismo suscribió la Proclama, había escrito en 1808 en sus tiempos de estudiante de Derecho en Charcas un *Dialogo* entre Atahualpa y Fernando VII que comparaba la opresión originada por la invasión francesa con la sujeción padecida por los criollos y naturales de la América colonial. El texto circuló clandestinamente, inspirando el levantamiento chuquisaqueño del 25 de diciembre de 1809 que lo erige en líder indiscutible.

(84) *El Redactor de la Asamblea*, Numero 4, Buenos Aires, marzo 12 de 1813. En PRADO Y ROJAS, Aurelio. *Nueva Recopilación de Leyes y Decretos de la Provincia de Buenos Aires, 1810-1876*, Tomo I, p. 178.

(85) Se disponía: *“A los naturales se les darán gratuitamente las propiedades de las suertes de tierra que se les señalen, que en el pueblo será un tercio de cuadra, y en la campaña según las leguas y calidad de tierras que hubiere cada pueblo, su suerte, que no haya de pasar de legua y media de frente y dos de fondo; A los españoles se les venderá la suerte que desearan en el pueblo después de acomodados los naturales, e igualmente en la campaña por precios moderados para formar un fondo con que atender a los objetos que adelante se dirá”*.

Especialmente se regulaba la presencia del Cabildo que ocuparía una cuadra frente a la Plaza Mayor, en terrenos *“que de ningún modo podrá enajenar ni vender y sólo sí edificar, para con los alquileres atender los objetos de su instituto”* y el solar destinado a la Iglesia *“en dos suertes de tierra enfrentados al Cabildo”*, cuyos oficiantes no podrían percibir derechos de bautismo y de entierro, en tanto los cementerios debían construirse fuera del núcleo urbano, destinándose una cuadra cercada y cubierta con árboles *“desterrando la absurda costumbre, prohibida absolutamente, de enterrarse en las iglesias”*. Las escuelas de primeras letras, artes y oficios estarían amparadas por la creación de un fondo administrado por los Cabildos de los pueblos que se engrosaba con los destinos de otras penalidades impuestas.

Se ordenó el cese de los Mayordomos de los pueblos, *“y dejó al cargo de los Corregidores y Cabildos la administración de lo que haya existente, y el cuidado del cobro del arrendamiento de tierras, hasta que esté verificado el arreglo, debiendo conservar los productos en arca de tres llaves, que han de tener el Corregidor, el Alcalde de primer voto, y el Síndico procurador, hasta que se les dé el destino conveniente, que no ha de ser otro que el del fondo ya citado para las Escuelas”*.

Castelli por su parte en la *Proclama de Tiahuanaco* había expresado:

“Siendo los indios iguales en todas las demás clases en presencia de la ley... caciques, alcaldes y demás deberán dedicarse con preferencia a informar de las medias inmediatas o provisionales... para reformar los abusos introducidos en perjuicio de los indios... promoviendo su beneficio en todos los ramos y con particularidad”.

El Reglamento contempla la distribución de las tierras *“a prorrata entre todos los pueblos para que unos y otros puedan darse la mano, y formar una Provincia respetable de las del Río de la Plata”*, amén del reparto de *“instrumentos para la Agricultura, como de ganados para el fomento de las crías”*. Disponía el uso del idioma castellano, aun respetando la lengua indígena⁸⁶, la administración de Justicia⁸⁷, la garantía del

(86) *“Aunque no es mi ánimo desterrar el idioma nativo de estos pueblos; pero como es preciso que sea fácil nuestra comunicación, para el mejor orden prevengo, que la mayor Parte de los Cabildos se han de componer de individuos que hablen el castellano, y particularmente el Corregidor, el Alcalde de primer voto, el Síndico Procurador, y un Secretario que haya de extender las actas en lengua castellana”*.

(87) *“La administración de Justicia queda al cargo de Corregidor y alcaldes..., concediendo las apelaciones para ante el superior Gobierno de los treinta pueblos y de éste para ante el superior Gobierno de las Provincias en todo lo concerniente a gobierno y a la Real Audiencia en lo contencioso; el Corregidor será el presidente del Cabildo... con un voto solamente, entenderá en todo lo político, siempre con dependencia del Gobernador de los treinta Pueblos”*.

debido proceso⁸⁸, el gobierno de las subdelegaciones confiada a hijos del país⁸⁹ y la representación de los pueblos por diputados ante el congreso nacional⁹⁰.

Con el mismo espíritu la *Proclama de Tiahuanaco* declaraba:

“Y enterado por suficientes informes que tengo tomados de la mala versación de los caciques por no ser electos con el conocimiento general y espontáneo de sus respectivas comunidades y demás indios... mando que en lo sucesivo todos los caciques sin exclusión de los propietarios o de sangre no sean admitidos sin el previo consentimiento de las comunidades, parcialidades o aillus que deberán proceder a elegirlos con conocimiento de sus jueces territoriales por votación conforme a las reglas generales que rigen en estos casos...”.

Se regulaba la creación de los cuerpos de Milicia Patriótica de Misiones⁹¹, cuya oficialidad se confiaba tanto a españoles como a naturales *“siempre que su conducta y circunstancias los hagan acreedores a tan alta Distinción: en la inteligencia de que estos cargos tan honrosos no se dan hoy al favor, ni se prostituyen como lo hacían los déspotas del antiguo gobierno”*.

Las milicias de guaraníes aquilataban desde el Siglo XVII una decisiva importancia al servicio de la Corona, la reorganización de las milicias operada luego de 1810 favorece el liderazgo de caciques que colaboran con la remonta de las tropas patrias logrando su ascenso social⁹².

(88) *“No les será permitido imponer ningún castigo a los naturales, como me consta lo han ejecutado con la mayor iniquidad; pues si tuvieren de qué quejarse, ocurrirán a sus jueces para que les administren justicia, so la pena, que si continuaron en tan abominable conducta, y levantaron el palo para cualquier natural, serán privados de todos sus bienes, que se han de aplicar en la forma dicha arriba, y si usaren del azote, serán penados hasta el último suplicio”*.

(89) *“Subsistirán los Departamentos que existen con las subdelegaciones que han de recaer precisamente en hijos del país para la mejor expedición de los negocios que se encarguen por el Gobernador, los que han de tener sueldo por la real Hacienda, hasta tanto el superior Gobierno resuelva lo conveniente”*.

(90) *“En cada capital del Departamento, se ha de reunir un individuo de cada pueblo que lo compuso, con todos los poderes para elegir un diputado que haya de asistir al Congreso nacional, bien entendido que ha de tener las calidades de probidad y buena conducta, ha de saber hablar el castellano, y que será mantenido por la real Hacienda, en atención al miserable estado en que se hallan los pueblos”*.

(91) El cuerpo importaba una legión completa de infantería, caballería y artillería, *“con los conocimientos que se adquirieran de la población”*, obligados a servir desde la edad de 18 hasta los 45 años, con una paga de 10 pesos al mes al soldado *“y en proporción a los cabos, sargentos y oficiales”*. El uniforme remitía al de los Patricios de Buenos Aires: *“sin más distinción que un escudo blanco en el brazo derecho, con esta cifra: “M.P. de Misiones”; casacas cortas y vuelta azul”*.

(92) El caso más ilustrativo es el de Andresito Guazurará o Guacurará a quien Artigas, adoptándolo como hijo, le permite utilizar su apellido. Sumado a la Expedición de Belgrano, Andresito cumpliría luego un rol destacado. Comandante de las Misiones Occidentales, gobernó entre 1815 a 1819 la Provincia Grande de las Misiones. Wilde rescata asimismo la memoria del cacique Ignacio Mbaibe auxiliando a San Martín con tropas indígenas destinadas al Regimiento de Granaderos. También la de Pablo Areguati, quien se encuentra con Belgrano en Mandisoví y llega en 1824 a la Comandancia

La regulación del trabajo de los aborígenes comprendía la vigilancia para evitar los “*castigos escandalosos*” a los que se denunciaba eran sometidos, prohibiéndose expresamente la aplicación de toda forma de correctivos, como también el aprovechamiento de su trabajo sin paga, exigiéndose que los conchabos con los naturales se celebraran ante el Corregidor o el Alcalde del pueblo respectivo:

“y se han de pagar en tabla y mano, en dinero efectivo, o en efectos, si el natural quisiere, con un 10 por ciento de utilidad, deducido el principal y gastos que tengan desde su compra, en la inteligencia de que no ejecutándose así, serán los beneficiadores de yerba multados por la primera vez en 100 pesos, por la segunda con 5000, y por la tercera embargados sus bienes y desterrados”.

Inquieto y emocionado por la situación de los naturales todavía en carta a Saavedra le manifiesta su secreta esperanza que el Reglamento haya sido aprobado por la Junta. Solicita que se lo imprima y que circule para su cabal conocimiento por los territorios que ha atravesado. Le dice:

“... si ya ha sido aprobado por la Junta, como lo espero, es preciso que V. haga presente que se mande imprimir y que se me remitan cuantos ejemplares sea posible a fin de tener facilidad de hacerlos circular, y de que lleguen a noticia de todos los naturales, y si se puede, de los Paraguayos, que desean mucho venir a poblar estos países, que son mucho más fértiles y de mejor disposición para los ganados que los suyos”⁹³.

Pero el Reglamento jamás lograría aprobación. El fraccionamiento del territorio paraguayo hizo que el régimen comunitario de las trece reducciones vecinas al Paraná continuase bajo la égida del gobierno de Asunción gobernados por mayordomos blancos hasta la distribución de los bienes comunitarios ganado y tierras a los naturales, dispuesta por Carlos Antonio López en 1842, declarándolos, seis años más tarde en 1848 *Ciudadanos de la Republica del Paraguay*. Entretanto las siete misiones a oriente del río Uruguay pasaron a depender del Brasil, mientras que las Provincias Unidas conservaron las diez misiones que se alzaban entre los ríos Paraná y Uruguay.

Convertidas todas en una taciturna sombra de lo que habían sido, el destino aciago de su lenta declinación las tornó en su hora final en el desdichado escenario de las luchas y los continuos enfrentamientos entre las tropas de José Gervasio Artigas, Andrés Andresito Guacaravi, *Comandante General de la Provincia de Misiones*, José Gaspar Rodríguez de Francia y las fuerzas portuguesas que una y otra vez pretendían consolidar su posición en la región, provocando la destrucción de los

Militar de las Islas Malvinas, en tanto su hermano Félix auxilia a Belgrano en Paraguari y continua luego a las órdenes de Rondeau. Conforme Guillermo Wilde ob. cit., p. 322 y siguientes.

(93) Manuel Belgrano a Cornelio Saavedra. Carta fechada en el Cuartel General de Santa Rosa el 31 de enero de 1811, *Documentos del Archivo de Belgrano*, Tomo III, pp. 168-173. Transcripta en *Epistolario Belgraniano*, Editorial Taurus, Buenos Aires; *Nueva Dimensión Argentina*, Buenos Aires, 2001, p. 100.

poblados y la completa ruina de la arquitectura jesuítica misionera. Casi medio siglo después de la Real Provisión de Carlos IV del 28 de marzo de 1803, colocando al frente del gobierno militar y político de los treinta pueblos de Misiones guaraníes y tapes en las provincias del Río de la Plata a Bernardo Luis de Velasco y Huidobro, el régimen de comunidad de bienes cesaba completamente.

Y entonces el Reglamento pasó a engrosar los formidables archivos de la Memoria histórica al que Juan Bautista Alberdi rindió justo homenaje considerándolo *el primer ensayo constitucional de la Argentina y una de las bases de la Constitución Nacional*.

JURISPRUDENCIA ARGENTINA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*

ARGENTINE JURISPRUDENCE ON THE APPLICATION OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

*Amalia Uriondo de Martinoli***

Resumen: El artículo tiene como objetivo destacar la interpretación y aplicación que hacen los tribunales argentinos de algunas normas de la Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, adoptada en Viena el 11 de abril de 1980.

Palabras-clave: Compraventa internacional - Interpretación - Aplicación- Justicia argentina.

Abstract: The article aims to highlight the interpretation and application made by the Argentine courts of some rules of the Convention on contracts for international sale of goods, adopted in Vienna on april 11, 1980.

Keywords: International sale - Interpretation - Application - Argentine justice.

Sumario: Introducción. I. Aportes de la jurisprudencia. 1. Funciones que desempeña. 2. Ámbitos de aplicación de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: A) Ámbito de aplicación espacial, CNCom., sala A, 05/09/18, "Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L.". B) Ampliación del ámbito de aplicación espacial, CNCom.,

* Trabajo recibido el 2 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 23 del mismo mes y año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Secretaria de Ciencia y Técnica en la Facultad de Derecho (FD-UNC), Profesora de Derecho internacional privado (FD-UNC) en Maestrías y carreras de posgrado en universidades estatales y privadas, Docente-investigadora Categoría I, autora de libros, capítulos y artículos sobre la especialidad.

sala F, 7/10/2010 "Ecotune (India) Private Ltd. c. Cencosud S.A". 3. Interpretación de la Convención, Cámara Nacional de Comercio, sala E, Buenos Aires, 24/04/2000, "Mayer, Alejandro v. Onda Hofferle G.M.B.H. & Co. s. ordinario": A) Ámbito temporal de aplicación de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; B) Aplicación del artículo 7 segundo párrafo. 4. Integración del contrato: A) CNCom., sala A, 05/09/18, "Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L."; B) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, 1/ 09/2016, "Demelfor S.A contra Carogran S.A sobre ordinario"; C) CNCom., sala C, 08/10/19, "Roca Sanitario S.A. c. Blattar S.R.L.". 5. Forma del contrato: A) CNCom., sala A, 05/09/18, "Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L.". 6. Incumplimiento esencial: A) CNCom., sala A, 05/09/18, "Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L.". 7. Los intereses correspectivos: A) CNCom., sala D, 06/09/16, "Pinturas Industriales S.A. c. Compañía Química Chromabyt S.A. s. ordinario"; B) CNCom., sala F, 07/10/10, Ecotune (India) Private Ltd. c. Cencosud S.A.". 8. Exoneración: A) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Cámara Comercial - Sala F, 01/09/2016, "Demelfor S.A. contra Carogran S.A. sobre Ordinario". II. Apreciaciones finales.

Introducción

En un mundo cada vez más interdependiente, el intercambio comercial se asienta en una gran variedad de relaciones contractuales y, entre ellas, las que tienen como fuente el contrato de compraventa internacional de mercaderías. Estas relaciones constituyen uno de los varios pilares sobre los cuales descansa la expansión del comercio a escala universal en el último siglo. Las disparidades entre las leyes nacionales que rigen la materia en el ámbito internacional, crean obstáculos para que ese comercio sea plenamente operativo. El 9 de noviembre de 1965, el representante de Hungría ante la ONU propuso fomentar el comercio internacional, y sugirió que se estableciera un órgano especial que contara con cierta independencia para impulsar el desarrollo progresivo y la codificación en la materia. El 17 de diciembre de 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la resolución 2205 (XXII), mediante la cual se constituyó la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI/UNCITRAL, en su acrónimo inglés) como órgano subsidiario de la Asamblea General con el objeto de promover la armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional.

La armonización, se refiere al proceso por el cual pueden modificarse las leyes nacionales para aumentar la previsibilidad de las operaciones comerciales trans-

fronterizas. La unificación, alude al proceso por el que se van creando y aprobando normas jurídicas comunes que faciliten el comercio.

La CNUDMI está integrada por un número reducido de Estados, a fin de facilitar sus deliberaciones. En su origen, estaba compuesta por 29 Estados elegidos por la Asamblea General; ese número se elevó a 36 en 1973, y a 60 en 2004. Esa composición, es representativa de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas económicos y jurídicos del mundo. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años, y la gestión de la mitad de ellos expira cada tres años sobre la base de un criterio de representatividad de las diferentes familias jurídicas.

Con la finalidad de dotar de seguridad al comercio internacional, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó una conferencia internacional de plenipotenciarios que tuvo lugar en Viena en 1980, en donde el 11 de abril se aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CISG). Entre otros antecedentes, pueden mencionarse las convenciones de La Haya de 1 de julio de 1964 sobre Ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías, y la Ley uniforme sobre la formación de los contratos para la venta internacional de mercaderías. No tuvieron el éxito esperado, sólo llegaron a regir las relaciones de unos pocos Estados, la mayoría de ellos europeos.

En la CISG, se compaginan cuidadosamente los intereses del comprador con los del vendedor. Su contenido -101 artículos- se distribuye en cuatro partes, que cuentan con diferentes Capítulos y, en ocasiones, éstos se subdividen en Secciones. La normativa está precedida por un prólogo, muy breve, que establece las motivaciones y consideraciones que dieron luz al acuerdo. Textualmente expresa: “el desarrollo del comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo constituye un importante elemento para el fomento de las relaciones amistosas entre los Estados”; y que “la adopción de normas uniformes aplicables a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en las que se tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos contribuiría a la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional y promovería el desarrollo del comercio internacional”.

La Parte I, contiene reglas referentes al ámbito de aplicación y disposiciones generales sobre fuentes e interpretación (arts. 1 a 13). La Parte II, se ocupa de la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías a través de la oferta y su aceptación (arts. 14 a 24). La Parte III, la más extensa del convenio, establece las normas sustantivas referidas a los derechos y a las obligaciones, tanto del vendedor como del comprador, las acciones que corresponden a cada uno en caso de incumplimiento contractual y la transmisión del riesgo (arts. 25 a 88). La Parte IV, titulada “Disposiciones finales” (arts. 89 a 101) aborda distintos aspectos de naturaleza diplomática: informa a los Estados que el Secretario General de las Naciones Unidas es el depositario del instrumento; incluye la cláusula de compatibilidad respecto a otros convenios en la materia; especifica las declaraciones que

los Estados podrán hacer y qué tipo de reserva podrán interponer al momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al convenio; permite que todo Estado contratante declare que no quedará obligado por su Parte II o su Parte III; autoriza a dicho Estado a formular una declaración respecto a la no aplicación de las disposiciones del texto que permiten prescindir del requisito formal de constancia por escrito del contrato, en caso de que el comprador o el vendedor tenga su establecimiento en aquel Estado que haya formulado tal declaración; denuncia de la Convención; entre otras.

La CISG ha sido aprobada por Argentina mediante ley 22765 (B.O. 30/03/83) y entró en vigor el 1 de enero de 1988, un año después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, conforme a lo dispuesto por el artículo 99. Ello impone la necesidad de conocer y examinar su ámbito de aplicación, las disposiciones generales, las obligaciones del vendedor y del comprador, entre otros asuntos regulados. La CISG ha obtenido un amplio nivel de aceptación y así lo demuestra la cantidad de Estados vinculados (94)¹ con tradiciones jurídicas de toda índole y economías muy diversas. Enlaza a países de Europa occidental (Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Francia), países socialistas (China, Hungría, Polonia, Rusia, Ucrania), países de los continentes americano (Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Estados Unidos, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela), africano (Egipto, Zambia) australiano y asiático (Irak, Japón). Los seis idiomas diferentes en que fue aprobada la Convención (árabe, chino, español, francés, inglés y ruso) son considerados igualmente auténticos.

I. Aportes de la jurisprudencia

1. *Funciones que desempeña*

Las sentencias seleccionadas en el presente artículo, procuraron dar respuesta a los complejos problemas que puede presentar la venta internacional de mercaderías. Su lectura permitirá advertir que la línea de razonamiento judicial cumple una misión didáctica al subrayar, por ejemplo, los siguientes puntos:

a) La Convención representa la unificación del derecho sobre los contratos de compraventa en el plano internacional por medio de normas sustantivas. La ley uniforme, proporciona un sistema coherente de reglas sobre las cuestiones más

(1) Entre ellos, figuran los cuatro Estados que forman el Mercosur, más Venezuela (suspendida del bloque el 5/08/2017) y los Estados Asociados: Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Perú. La situación actual de la CIGS puede verse en:

https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status (fecha de consulta: marzo de 2021).

importantes del derecho sobre las compraventas internacionales, constituyéndose, asimismo, en un nexo valioso entre los diferentes sistemas jurídicos².

b) La importancia que implica reconocer el orden de prelación de las fuentes normativas organizada por el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional de 1994: “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Aunque es preciso aclarar, que dicho principio había sido anticipado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) basada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (vgr. CSJN, 07/07/1992 “Ekmekdjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo y otros”).

Sin que ello implique olvidar que el 27 de septiembre de 1983, por ley 22921, se autoriza al Ejecutivo Nacional a ejercer su poder jurídico y ratificar la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II-Montevideo 1979) cuyo artículo 1 establece: “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con Derecho Extranjero, se sujetará a lo regulado en esta Convención y demás convenciones internacionales suscriptas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su Derecho Interno”.

En concordancia con ello, en el año 2015, el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) consolida esa jerarquía normativa en el artículo 2594 en estos términos: “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”. La misma tesis, se sostiene con relación a las fuentes de jurisdicción internacional (art. 2601).

c) La jerarquía de las normas aplicables a una compraventa incluida en el ámbito de aplicación de la CIGS:

1. Las disposiciones internacionalmente imperativas de los derechos internos, o las leyes de policía (art. 4.a);
2. Los usos objetivamente aplicables, o que las partes han hecho tácitamente referencia a ellos en el contrato, salvo pacto en contrario (art. 9.2);
3. Las estipulaciones del contrato (art. 6), que comprende los usos que hayan convenido las partes y las prácticas que hayan establecido entre ellas (art. 9.1);
4. Las disposiciones de la Convención;

(2) *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 1970, vol. I, Documento A/CN.9/35, p. 170.

5. En defecto de una disposición expresa sobre una cuestión relativa a las materias que se rigen por el texto uniforme, se recurre a los principios generales en que se basa la propia CIGS (art. 7.1);
6. A falta de tales principios, de conformidad al derecho nacional aplicable en virtud de las reglas de derecho internacional privado (art. 7.2)³.

d) La Convención no regula todos los problemas que pueden suscitarse con ocasión de la celebración o el cumplimiento de un contrato de compraventa, a tenor de lo establecido en el artículo 4. Aunque existen varias materias que la normativa disciplina y que no encuadran con facilidad en las dos categorías que el precepto se limita a mencionar (formación del contrato y los derechos y obligaciones del vendedor y comprador). Así, por ejemplo, la interpretación del contrato (art. 8); los efectos de las prácticas y usos (art. 9); la modificación y terminación del contrato (art. 29); la interpretación de su propio texto y la integración de las lagunas que pudieran existir (art. 7), entre otras⁴.

e) El carácter dispositivo de la reglamentación jurídica contenida en la CIGS⁵ que deja en claro el artículo 6. Pues éste consagra el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en virtud del cual se les reconoce la facultad de excluir total o parcialmente su aplicación, ya sea de forma expresa o tácita.

f) La enunciación de los principios generales para la interpretación de la CISG que hace el artículo 7: el carácter internacional, la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. De ese modo, se evitan los peligros que supondría el fraccionamiento interpretativo en la aplicación del texto uniforme en países con ordenamientos jurídicos diferentes y, por consiguiente, con reglas de interpretación dispares. Se procura evitar así, los peligros derivados de una aplicación al texto uniforme de los distintos criterios que inspiran las reglas interpretativas de los derechos nacionales⁶.

(3) AUDIT, Bernard. *La compraventa internacional de mercaderías*, Traducción de Ricardo de Zavalía, Zavalía editor, Buenos Aires, 1994, p. 64.

(4) GROB DUHALDE, Francisco, "El ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías y su integración con el derecho internacional privado chileno", *Revista chilena de derecho privado*, no. 27, Santiago de Chile, dic. 2016, pp. 45-94.

(5) CALVO CARAVACA, Alfonso L. Comentario al artículo 6, en DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 92.

(6) CNCom, Sala A, 31/05/07, "Bravo Barros, Carlos c. Martínez Gares, Salvador s. ordinario": el Sr. Carlos Manuel del Corazón de Jesús Bravo Barros, domiciliado en la República de Chile, promovió demanda contra Salvador Martínez Gares por el incumplimiento del pago del precio de 2000 kg de almendras peladas, enteras, variedad *non pareil*, calibre 12/14, envasadas en cajas de 10 kg. cada una, por un precio total de U\$S 7.140. La mercadería se remitió por vía terrestre a través de la empresa de transportes Chilpack Transportes Ltda., acompañada por su Carta de Porte Internacional, bajo la cláusula FOT (*free on transport*) que implica que el vendedor realice la entrega cuando la mercancía sobrepasa la borda del camión o transporte en el puerto de embarque convenido, generalmente concordantes con el domicilio

g) La forma de integrar las lagunas internas de la Convención, esto es, las cuestiones relativas a las materias que caen bajo su ámbito, pero que no están expresamente resueltas en ella. De acuerdo al orden decreciente que hace el segundo párrafo del artículo 7, habrá que recurrir, primero, a los principios generales en los que se basa la CIGS, tales como: el principio de buena fe contractual (art. 7.1); la autonomía de la voluntad de las partes (art. 6); la libertad de forma (art.11); lugar de pago de las obligaciones monetarias (art. 57); toda demora en el pago del precio causa intereses en favor del acreedor (art. 78), obligación de mantener debidamente informada a la contraparte (arts. 19.2, 21.2, 26, 39.1, 65), entre otros⁷. A falta de los principios subyacentes de la reglamentación convencional, se permite hacer referencia al derecho interno designado por las normas de derecho internacional privado del tribunal que entiende en la causa (art. 7, párrafo 2).

h) De acuerdo al artículo 11, el contrato de venta internacional podrá celebrarse o probarse por cualquier medio de expresión. De esta manera, se consagra como regla general la consensualidad en la formación de los contratos⁸. El principio de libertad de forma ha tenido un amplio desarrollo por la justicia argentina, cuyos dictámenes sirven como muestra de la adaptación de la normativa convencional a los avances de la tecnología en el comercio internacional⁹.

i) La explicación del contenido de la llamada nueva *lex mercatoria* y su incidencia en el contenido del contrato. Varias sentencias contemplan la posibilidad que tienen las partes de incorporar los Principios para los contratos comerciales internacionales, publicados por primera vez en 1994 por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, conocido como UNIDROIT por sus siglas en inglés. Asimismo, es posible mencionar los INCOTERMS¹⁰, que han sido desarrollados y actualizados por expertos y profesionales en comercio internacional, trabajando en conjunto con la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI)¹¹. Son cláusulas es-

del vendedor. En defecto del ejercicio de la autonomía en sentido conflictual, en lo que toca al fondo del negocio, devienen de aplicación las normas del derecho internacional privado argentino en materia de contratos internacionales (en el caso, Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980 vigente entre Argentina y Chile, toda vez que ambos contratantes tienen sus establecimientos en Estados parte (art. 1). Fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 08/05/08.

(7) ESPLUGUES MOTA, Carlos (Coord.) *Contratación internacional*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia (España), 1994, p. 243.

(8) OVIEDO ALBÁN, Jorge. "Los principios generales en la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 47, septiembre-diciembre 2014, pp. 987-1020.

(9) Por ejemplo, CNCom., sala A, 05/09/18, "Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L.", fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 03/04/20.

(10) International Commercial Terms, que en español significa términos internacionales de comercio.

(11) La Cámara de Comercio Internacional es la organización empresarial mundial, fundada en 1919 con sede en París, que representa las opiniones e intereses de las empresas de todos los sectores

tandarizadas y reconocidas que se han vuelto elemento esencial del lenguaje del comercio internacional. Generalmente son incorporadas en los contratos de ventas en el mundo y se utilizan para dividir las responsabilidades entre el vendedor y el comprador. Constituyen un apartado fundamental de cualquier operación de importación o exportación, definen los estándares más utilizados en los contratos de ventas internacionales y provee de reglas y guías a importadores, exportadores, abogados, transportistas, aseguradoras y estudiantes de comercio internacional.

j) Además de la labor didáctica, los fallos adoptados en el marco de la CIGS desempeñan una tarea de difusión, lo que contribuye a alentar la aplicación de la normativa convencional y a perder el temor a su empleo.

La secretaría de la CNUDMI ha establecido un sistema para recopilar y difundir información sobre decisiones judiciales y laudos arbitrales relativos a las convenciones y leyes modelo elaboradas por la Comisión, a través de una red de correspondientes nacionales designados por sus gobiernos. El sistema se ha designado por la sigla "CLOUT", correspondiente a su título en inglés, "Case law on UNCITRAL texts" (Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI). Tiene como objeto promover, a nivel internacional, el interés por los textos jurídicos elaborados por la Comisión y facilitar la interpretación y aplicación uniformes de esos textos. La serie de resúmenes CLOUT se creó en 1988¹².

Cabe tener presente que, en la aplicación del precedente como argumento persuasivo, el intérprete debe tener en cuenta tanto el mandato del artículo 7 de la CISG, que impone los principios interpretativos de internacionalidad, uniformidad y buena fe en el comercio internacional, como basar su desarrollo en la igualdad y beneficio mutuo para fomentar las relaciones amistosas entre los Estados (Preámbulo).

2. Ámbitos de aplicación de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

La CISG regula dos clases de compraventas internacionales: contrato celebrado entre partes establecidas en Estados contratantes diferentes (art. 1.1.a); y contrato en el que al menos una de las partes no tiene el establecimiento en alguno de esos países, pero que se encuentra regido por el derecho de un Estado contratante, en virtud de las normas de conflicto del mismo o de otro Estado parte (art. 1.1.b)¹³. Salvo que el vendedor y el comprador hayan acordado excluir la aplicabilidad de la CISG, conforme lo autoriza el artículo 6.

y de todos los países del mundo.

(12) Página oficial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (<https://uncitral.un.org/es/homepage>, consulta 15 de febrero de 2020).

(13) GARRO, A.M./ZUPPI, A.L. *Compraventa internacional de mercaderías- Convención de Viena de 1980*, ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 91.

A) Ámbito de aplicación espacial

CNCom., sala A, 05/09/18, “Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L.”

El caso se refirió a los siguientes hechos: se celebró un contrato de compraventa entre la Compañía Manufacturera Manisol S.A., radicada en la República de Colombia, y la sociedad argentina Menini Hermanos S.R.L. Como la primera se dedicaba a la fabricación y comercialización de calzado, adquirió a la demandada, suelas TR Figo negro/gris y TR Figo marrón/oliva para la confección de zapatos y su posterior distribución y venta al público durante la temporada primavera/verano de los años 2007/2008. La empresa argentina, era líder en la fabricación y comercialización de “viras” para calzados, exportando regularmente sus productos a Uruguay, Chile y Colombia, entre otros países.

La mercadería fue embarcada por la vendedora con la cláusula Incoterms 2000-FOB (Free On Board) puerto Buenos Aires, por lo que la tradición se produjo con la carga en el medio de transporte asignado, siendo posteriormente recibida por la accionante adquirente en la República de Colombia.

Manisol SA pagó íntegramente el precio de las suelas a la vendedora Menini Hermanos. Además, acompañó informes técnicos dando cuenta de la deficiente calidad de las suelas en discusión y su falta de aptitud para ser utilizadas en el proceso de fabricación de calzado. Adujo que la mercadería enviada no poseía las cualidades de las muestras o modelos oportunamente presentados por el vendedor y que, por ello, no era apta para los usos a los que ordinariamente debía destinarse.

Menini Hermanos no repuso las suelas vendidas a la accionante, quien retuvo la mercadería supuestamente defectuosa. La discrepancia se centra en determinar si las suelas entregadas por la sociedad argentina a la sociedad colombiana tenían, o no, defectos de calidad que las hacían impropias para la elaboración de calzado.

La contratación formalizada cae dentro de las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980), porque las partes tienen sus establecimientos en Estados contratantes diferentes (en la República Argentina rige desde el 1 de enero de 1988 y en la República de Colombia desde el 1 de agosto de 2002) y el convenio no ha sido excluido de modo alguno por las partes (art. 1.1.a y art. 6)¹⁴.

B) Ampliación del ámbito de aplicación espacial

CNCom., sala F, 7/10/2010 “Ecotune (India) Private Ltd. c. Cencosud S.A”

(14) Fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 03/04/20.

La aplicación indirecta del texto uniforme ha sido objeto de tratamiento por la Cámara Nacional de Comercio, sala F, para resolver sobre un contrato de compraventa internacional de mercaderías celebrado (29/11/01) entre una sociedad de la India Ecotune Private Ltd. y Cencosud S.A., empresa domiciliada en Buenos Aires. En los fundamentos de la resolución, el tribunal pone de relieve tanto la ampliación del ámbito espacial de aplicación de la CIGS (art. 1. apartado 1. b) como el ejercicio de la autonomía conflictual de las partes.

La CNCom., sala F, basa su conclusión en la autonomía conflictual de las partes –aunque de alcance restringido como lo sostiene Boggiano¹⁵- recogida en los derogados artículos 1209, 1210 y 1212 del Código Civil. Los preceptos señalan que, un contrato con contacto argentino se encuentra regido por la ley del lugar de cumplimiento y como las partes pueden elegir el lugar donde se cumplirá el contrato, tácitamente pueden designar su ley aplicable. De acuerdo al juego de estas normas generales para todo tipo de contratos ordenadas por el sustituido Código Civil, se encuadró la causa en la CIGS. Y ello así, aun atendiendo a que la República de la India no ha ratificado ese cuerpo normativo, pues esa solución es la que dimana del artículo 1 apartado 1. b) del nombrado instrumento internacional. Para resolver de este modo, el tribunal toma en cuenta las mencionadas reglas de derecho internacional privado (en adelante, DIPr.) del Código Civil de Vélez Sarsfield y el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que seleccionan el derecho de la República Argentina. Por tratarse de un Estado contratante y por encontrarse también aquí el lugar de cumplimiento de la prestación más característica del contrato, se concluye que el litigio se halla dentro del régimen de aplicación de la Convención en orden a lo dispuesto en el art. 1 apartado 1. b)¹⁶.

A partir de agosto de 2015, se alcanzaría la misma solución por medio del primer párrafo del artículo 2652 del CCCN en tanto expresa que “(e)n defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del lugar de cumplimiento (...)”¹⁷.

3. Interpretación de la Convención

Cámara Nacional de Comercio, sala E, Buenos Aires, 24/04/2000, “Mayer, Alejandro v. Onda Hofferle G.M.B.H. & Co. s. ordinario”

(15) BOGGIANO, Antonio. *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Sexta edición actualizada, ed. La Ley - Thomson Reuter, Buenos Aires, 2017, p. 272.

(16) Fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 29/03/11.

(17) El análisis de la sentencia puede verse URIONDO DE MARTINOLI, Amalia -MARTINOLI URIONDO, Estefanía, *Lecciones de derecho internacional privado - Contratos internacionales*, Ediciones Lerner, Córdoba, 2019, p. 476 y ss.

La exportadora Mayer Alejandro, establecida en Argentina, y la compradora Onda Hofferle G.M.B.H., con establecimiento en Alemania, se vinculan a través de una compraventa internacional de carbón vegetal, convenida con cláusula Incoterms 1980 FOB (Free On Board/cargado a bordo, puerto de embarque convenido), Buenos Aires durante el año 1988.

La exportadora, interpuso demanda por incumplimiento de la obligación del pago del precio de la mercadería por la compradora. La accionada, resistió la pretensión y reconvino a su contratante por daños y perjuicios, argumentando básicamente que el carbón vegetal recibido no era conforme al contrato. Sostiene que la mercadería fue importada para su venta en los supermercados de Alemania, con el objeto de satisfacer la importante demanda del producto por haberse generalizado la práctica de comer asados al aire libre durante la temporada estival. El carbón recibido, tenía exceso de humedad y no servía para el propósito al que estaba destinado. Ello ha sido probado con la declaración testimonial prestada por Gregorio Der Bedrosian. Consecuentemente, argumenta que el incumplimiento atribuido al vendedor le causó un serio perjuicio patrimonial, por lo que solicita la revocación del fallo impugnado.

A) Ámbito temporal de aplicación de la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

El artículo 100, precisa el momento a partir del cual la normativa convencional se aplicará a los contratos de compraventa internacional regulados por ella. El principio de irretroactividad del texto uniforme surge con claridad de dicha disposición, que distingue entre las normas aplicables a la formación del contrato y las normas reguladoras de los contratos ya celebrados. El momento decisivo y el acto tomado, es distinto en cada una de esas hipótesis. Las normas referidas a la formación del contrato (Parte II, complementada por la Parte I), rigen si la propuesta de celebración del contrato se formuló en la fecha de entrada en vigor o en un momento posterior en los Estados contratantes en los que las partes tienen sus establecimientos o al que remiten las normas de derecho internacional privado (art. 100.1). Para que las normas sobre los derechos y obligaciones de los contratantes (Parte III, complementada por la Parte I) sean aplicables, será necesario que la conclusión del contrato se realice el mismo día o después de que la CIGS haya entrado en vigencia en los Estados contratantes en que las partes tienen sus establecimientos o al que remiten las normas de derecho internacional privado (art. 100.2)¹⁸.

Precisar los límites temporales de la CIGS, coadyuva al tribunal a resolver que el contrato de venta internacional entre Mayer Alejandro y Onda Hofferle G.M.B.H no cae dentro del supuesto de aplicación previsto en el art. 1 literal a). Pues si bien el texto uniforme se halla en vigor en Argentina a partir del 1 de enero de 1988, año en que la exportadora y la compradora perfeccionaron el acuerdo, recién entró a regir

(18) CALVO CARAVACA, Alfonso L. "Comentario al artículo 100", ob. cit., p. 739.

en Alemania el 1 de enero de 1994. Descartada su aplicación directa, se procede a examinar y juzgar que la compraventa queda comprendida dentro del literal b) del artículo 1, esto es, cuando las normas de DIPr. del Estado ante el que las partes del contrato diriman sus litigios prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.

B) Aplicación del artículo 7, segundo párrafo

En orden a precisar el derecho rector del tema de fondo, el tribunal entiende que, en los contratos sinalagmáticos, la prestación característica es la que localiza el contrato en un ordenamiento jurídico y que, tratándose de una compraventa internacional de mercaderías, la prestación funcional es la entrega de la cosa a cargo del vendedor, la prestación no dineraria. De tal modo que, en la compraventa de carbón vegetal pactada con cláusula Incoterms 1980 FOB- Buenos Aires, la prestación más característica se cumplió con la entrega de las mercaderías a bordo del buque en el puerto convenido. Toda vez que aparece la ley argentina, que es la de un Estado contratante, los asuntos planteados quedan comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la normativa convencional, merced al art. 1.1. b).

Si bien la CIGS regula detalladamente las obligaciones del vendedor, respecto a la entrega de las mercaderías conformes al contrato y las acciones que puede ejercitar el comprador cuando la cantidad, calidad y descripción no correspondan a lo estipulado en el acuerdo (arts. 30, 35, 36, 39, 45 a 52, entre otros), no hay referencias específicas sobre el procedimiento a seguir para determinar la calidad de los defectos cuando es impugnada por el adquirente.

Para integrar esta laguna normativa, que no puede ser colmada ni acudiendo a la CIGS ni a sus principios generales (internacionalidad, uniformidad y buena fe), la Cámara acude al criterio de solución mencionado al final del segundo párrafo del artículo 7 en cuanto remite a “la Ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado” del foro.

En la medida que la prestación característica se cumplió en territorio argentino, se resolvió aplicar el artículo 476 del Código de Comercio, según el cual, no mediando estipulación contraria, el arbitraje pericial es el camino legalmente contemplado para determinar los vicios o defectos que se atribuyan a las cosas vendidas, así como las diferencias en las calidades.

Por consiguiente, la Cámara descartó el análisis del material presuntamente efectuado por una empresa alemana, habida cuenta que dicha evidencia no suplía el procedimiento fijado imperativamente por el artículo 476 del Código de Comercio. En su dictamen, precisa la falta de traducción al idioma nacional del exhorto diplomático diligenciado para acreditar la autenticidad de esa pieza. Consideró, también, que la declaración testimonial prestada por Der Bedrosian constituía prueba inadmisibles para acreditar la calidad de las mercaderías¹⁹.

(19) Fallo publicado en *El Derecho*, t. 194-495.

4. Integración del contrato

La CIGS reconoce el valor de los usos en el comercio internacional. Los usos y las prácticas establecidas entre las partes, sirven indistintamente de medios de interpretación y de medios de integración del contrato y así lo demuestra su presencia en los artículos 8 y 9 del Convenio. El primero, relativo a la interpretación de las declaraciones y actos de las partes contractuales; el segundo, alude a la integración del contrato²⁰. El artículo 9 de la CIGS se refiere a las tres posibles situaciones susceptibles de integrar el contrato:

i) Los usos que las partes hubiesen hecho aplicables al contrato. Ahora bien, el artículo 4, literal b) resalta que la cuestión de la validez de cualquier uso queda fuera del alcance de la CIGS. Recordemos que los usos comerciales tienen su origen en la sociedad internacional de los comerciantes y que, en la compraventa internacional de mercaderías que obliga a utilizar el transporte marítimo, fluvial o multimodal, se ha desarrollado el empleo de ciertos términos de contratación conocidos como Incoterms de la CCI²¹. Su objetivo es dotar de certeza jurídica a los contratantes, porque solucionan, entre otros aspectos, cuatro elementos o cuestiones esenciales en toda compraventa: “a) El lugar y la forma de la entrega de la mercancía. Se indica el punto de entrega marcado en el lugar del trayecto, generalmente va entre paréntesis a continuación. Se determina también el momento en que debe ejecutarse esta obligación. La entrega podrá ser directa o indirecta. b) La transmisión de los riesgos y responsabilidades de pérdida o daños de la mercancía del vendedor al comprador. c) La distribución de los gastos de la operación, indicando los incluidos en el precio dado y aceptado y que deben correr por cuenta y cargo del comprador por no estar comprendido en el precio. d) Qué parte debe realizar los trámites, gestiones y diligencias para complementar las formalidades oficiales y las exigencias administrativas para la exportación y la importación de los productos objeto de la compraventa internacional”²².

ii) Las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas. Como en el supuesto de la aplicabilidad de los usos comerciales, la CIGS tampoco define cuándo debe entenderse que una práctica se convierte en “establecida entre las partes”. Algunos autores explican que se trata de la reiteración de actos en distintos momentos de la vida del contrato, que “crean una expectativa sobre la que una persona razonable podría suponer que continuará la conducta anterior”, es decir, si la relación entre

(20) LÓPEZ LÓPEZ, Ángel. “Comentario al artículo 8”, en *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, ob. cit. p. 126.

(21) En la actual versión 2020, las reglas Incoterms son once términos y se dividen en términos Incoterms para cualquier modo o de transporte o polivalente (EXW, FAC, CPT, CIP, DAP, DPU y DDP) y para el transporte marítimo y aguas navegables (FAS, FOB, CFR y CIF).

(22) ORTEGA GIMENEZ, Alfonso. “El valor jurídico del INCOTERM EXW, a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 27 de junio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 12, Nº 1, marzo 2020, pp. 645-656.

el comprador y el vendedor ha durado cierto tiempo y la práctica ha aparecido en varios contratos²³. Por ejemplo, cuando ellos han realizado su actividad comercial de manera continuada, la referencia a las condiciones generales de la contratación, representa un elemento que coadyuva a determinar el precio o la cantidad de las mercaderías vendidas que no han sido especialmente señaladas en el presente contrato de compraventa.

iii) El párrafo segundo del artículo 9, reconoce de forma expresa la voluntad de las partes, pues de ellas depende que los usos objetivamente aplicables en el comercio internacional puedan integrar el contrato. La mencionada norma comienza especificando que, “salvo pacto en contrario” las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

El precepto exige tres requisitos: a) que el uso tenga carácter internacional, de tal forma que sea utilizado en el comercio internacional y no sólo en el comercio interno; b) que el comprador y el vendedor tengan o deban haber tenido conocimiento de los usos para que éstos sean vinculantes; y c) que sean regularmente observados en operaciones de comercio internacional del mismo tipo, sin que ello signifique que los usos sean universales²⁴. Es decir, no es necesario que un uso sea internacional, puede ser regional o, incluso los usos locales aplicables en las bolsas de productos básicos, ferias y almacenes pueden ser obligatorios siempre que se observen regularmente respecto de las operaciones en las que participan partes extranjeras²⁵.

Las distintas fases en la concreción de la venta internacional de mercaderías que fueron motivo de las sentencias que siguen, constituyen un claro ejemplo del ejercicio de la autonomía material de las partes al momento de la celebración del contrato. En cada una de las transacciones, consta la opción por utilizar las reglas Incoterms de la CCI, porque resultan apropiadas para la mercancía y, sobre todo, para los medios en que se transporta.

A) CNCom., sala A, 05/09/18, “Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L.”

En el marco descripto por el tribunal, se desprende con claridad que el proveedor -vendedor- argentino (Menini Hermanos S.R.L.) y el fabricante -comprador- con

(23) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. - CALVO CARAVACA, A.L. *Derecho Mercantil Internacional*, ed. Tecnos S.A, Madrid, 1995, p. 592.

(24) ESPLUGUÉS MOTA, Carlos *et al. Contratación internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 242.

(25) COMISIÓN NACIONES UNIDAS, *Compendio de jurisprudencia de la CNUDMI relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Nueva York, 2016, p. 75.

domicilio en Manizales, Colombia (Manufacturera Manisol S.A), han convenido usos propios del comercio internacional ampliamente conocidos o de conocimiento debido para ellos, por lo que quedarán obligados por aquel uso o práctica que han acordado.

De los términos y condiciones del contrato, surge pactada la Cláusula Incoterms 2000 FOB -Buenos Aires, en virtud de la cual la tradición se produjo con la carga en el medio de transporte asignado -país de origen y de entrega de la mercadería argentina- (art. 9.1 de la Convención).

La cláusula FOB (“Free on board” o franco a bordo en el puerto de carga convenido), significa que el vendedor asume los gastos hasta la subida a bordo de la mercancía, momento en el que transmite también los riesgos, así como el despacho de exportación y gastos en origen. También se encarga de contratar el transporte, si bien este corre por cuenta del comprador. El caso debe calificarse como “una venta consumada en el puerto de embarque”, esto es, Buenos Aires, en la que el comprador asumió todos los riesgos y costes por pérdida o avería desde el momento y desde el punto de embarque. La transferencia de la propiedad, se ha operado con el acto del embarque.

Por su lado, el comprador se encarga de los costes del flete, descarga, trámites de importación y entrega en destino, así como del seguro si lo quisiera contratar. La transmisión de riesgos tiene lugar cuando la mercancía está a bordo. Este incoterm solo se utiliza para transporte marítimo o por vías navegables y en él, el comprador soporta la carga de probar que los defectos de la mercadería adquirida son anteriores al embarque, únicos por los que podrá hacer cargo y responsabilizar al vendedor. Por consiguiente, el término FOB no debe emplearse para mercancías en contenedores, ya que la responsabilidad se transmite cuando la mercancía se carga a bordo del buque (la mercancía está físicamente tocando el suelo del buque), pero los contenedores no se cargan en cuanto llegan a la terminal, por tanto, si la mercancía sufriera algún daño mientras está en el contenedor sería muy difícil establecer cuando sucedió²⁶.

B) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, 1/09/2016, “Demelfor S.A contra Carogran S.A sobre ordinario”

La empresa exportadora uruguaya Demelfor SA. demanda por el cobro de una suma de dólares más los intereses y costas a Carogran SA, empresa con sede social en Argentina. Desde agosto de 2010, la empresa uruguaya realizó veinte operaciones de venta de arroz parbolizado (parcialmente hervido) a la empresa argentina. Tales negocios se llevaron a cabo bajo la cláusula CPT de los Incoterms 2010 de la Cámara de Comercio Internacional (Carriage Paid To: transporte pagado hasta el lugar de destino convenido) y acontecieron sin inconvenientes hasta el 2011, tiempo en que la reclamada incumplió en el pago de tres facturas. Atento a que los contratantes

(26) INCOTERMS 2020, by the International Chamber of Commerce (ICC), 2 de enero de 2020.

tienen sus establecimientos en Estados parte de la CIGS (en Argentina entró en vigor el 01/01/88 y en Uruguay el 01/02/2000), la causa queda enmarcada en el art. 1. a) y se tramita conforme a dicho texto legal²⁷.

En general, el pacto de Incoterm CPT significa que el vendedor asume los gastos hasta la entrega de la mercancía en el lugar convenido, es decir, se encarga de todos los gastos en origen, el despacho de exportación, el transporte principal y generalmente, gastos en destino.

El comprador recibirá la mercancía en el puerto convenido. Asume los trámites de importación el seguro, si lo contratara, ya que no es obligatorio. El riesgo pasa al comprador una vez que se carga la mercancía al primer medio de transporte contratado por el vendedor. Este incoterm es un término multimodal, por lo que es utilizado en cualquier modalidad de transporte²⁸.

C) CNCom., sala C, 08/10/19, “Roca Sanitario S.A. c. Blattar S.R.L.”

La sentencia de la sala C de la CNCom. resuelve sobre el recurso de apelación en los que aparece como apelante Cerámicas del Fox S.A., con domicilio en España (posteriormente absorbida por Roca Sanitario S.A.) y como demandada Blattar S.R.L., domiciliada en Argentina. La actora, dedicada a la fabricación y comercialización de pavimentos y revestimientos cerámicos o azulejos, afirmó haber enviado a Blattar S.R.L., a fines de 2004 y a través de Trans Union S.A. en el buque “MSC Pride”, desde Valencia a Buenos Aires, una serie de mercaderías que incluyen baldosas cerámicas, expositores y catálogos. En las facturas emitidas por la venta de tales productos, se consignó las condiciones de venta EXW (Ex Works, en fábrica), de los INCOTERMS 2000²⁹. Mediante esta regla multimodal, se entiende que la vendedora ha cumplido su obligación cuando ha puesto los bienes y facturas en las propias instalaciones o en otro lugar (ya sea su fábrica, un almacén, etc.) sin cargar la mercancía en el medio contratado y enviado por el comprador, y sin despachar, si se requiriese, de exportación. Blattar S.R.L. no canceló siquiera parcialmente la deuda, por lo que en virtud de lo normado por el CCom 474 reclama su cobro.

La consolidación y difusión de los usos formulados por la CCI, contribuye a dotar a las compraventas internacionales de la uniformidad que, en aras de la seguridad jurídica, resulta frecuentemente demandada por los operadores del tráfico comercial. Los usos de la CCI, concretan las obligaciones específicas asumidas por las partes de acuerdo con la modalidad de venta elegida por aquéllas³⁰. Su utilización no significa una exclusión tácita del total de la Convención de las Naciones

(27) V | Lex Información jurídica inteligente.

(28) INCOTERMS 2020, by the International Chamber of Commerce, p. cit.

(29) Fallo publicado por Julio Córdoba en *DIPr Argentina* el 13/02/20.

(30) MARTÍN CASTRO, M. Paz. “La nueva versión INCOTERMS 2020”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, n° 1, Universidad de Cádiz, 2020, pp. 147-151.

Unidas, dado que se refieren a aspectos muy puntuales de la operación comercial. Desde esta perspectiva, el contrato pactado en condiciones EXW sólo exceptúa la aplicabilidad de la CIGS en aquellos puntos que hayan sido regulados por los INCOTERMS 2000 incompatibles con la aplicación de la normativa uniforme, por tanto, la validez de todas las cláusulas incluidas en el contrato de compraventa queda sometidas a la *lex contractus*³¹.

5. Forma del contrato

La forma hace a la exteriorización de la voluntad de los contratantes. Con relación a la compraventa internacional de mercaderías, el artículo 11 de la CIGS consagra un criterio muy amplio, pudiendo celebrarse el contrato por cualquier medio de expresión. Ello implica que se puede modificar o extinguir un contrato por escrito, verbalmente o de cualquier otra manera. El artículo 13, se ocupa de aclarar lo que el texto convencional entiende “por escrito”, comprendiendo el telegrama y el télex, sin que estas expresiones impidan actualmente considerar otros medios de comunicación que se han desarrollado desde que se elaboró el texto uniforme (1980) como el fax o el correo electrónico. Ello ocurre como consecuencia de los avances técnicos, por lo que será posible equiparar la “forma escrita”, tradicionalmente concebida como la plasmación de ciertos contenidos en un documento en papel, con el almacenamiento de información escrita en cualquier soporte que permita su reproducción posterior por la otra parte³². Se consideran soportes duraderos, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria, los discos duros de la computadora y los correos electrónicos.

La libertad de formas que rige la materia establecida en el artículo 11 del texto convencional, podrá quedar excluida cuando una compraventa internacional de mercaderías celebrada por escrito, contenga una cláusula en la que se manifiesta que cualquier modificación o extinción deba hacerse por escrito, prevaleciendo esta exigencia sobre la libertad de formas (art. 29.2). No obstante, el precepto ordena que cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar la estipulación contractual que exija que la modificación o extinción se haga por escrito “en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos”. En lo que respecta a las modificaciones del contrato, el primer apartado del artículo 29 se limita a establecer que se puede modificar o extinguir por mero acuerdo del comprador con el vendedor, sin exigir una forma determinada.

(31) ORTEGA GIMENEZ, Alfonso. “El valor jurídico del INCOTERM EXW, a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 27 de junio de 2019”, *UC3M*, Vol. 12, Núm. 1 (2020), p. 645 y ss.

(32) REYES, María. J. “Aspectos básicos de la Directiva 83/2011 sobre derecho de los consumidores”, *El Notario del siglo XXI*, N° 56, 24 de julio de 2014.

Se contemplan dos cuestiones: la modificación de una cláusula contractual, por lo que subsiste el contrato entre las partes; y la extinción del contrato por mutuo acuerdo entre ellas, porque no desean seguir vinculadas.

Con relación a los países que han formulado reserva a los artículos 12 y 96, la eliminación de los requisitos de forma que establece la CIGS no es de aplicación, por lo que podría acudir al derecho aplicable a la forma del contrato en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro. Basta que uno de los países donde se encuentre el establecimiento de cualquiera de los partícipes de la relación contractual, haya formulado la reserva, para que el artículo 11 no pueda aplicarse.

Conforme al artículo 2 de la ley 22765 de 19/07/1983 que aprueba el convenio, la República Argentina formuló expresa reserva bajo el artículo 96, en el sentido de que cualquier previsión del artículo 11, del artículo 29 o de la parte II de la Convención que permita que la celebración, la modificación o la extinción por mutuo consentimiento del contrato de compraventa, o la oferta, la aceptación o cualquier otra manifestación de intención, se hagan por un procedimiento que no sea por escrito, sea inaplicable en el supuesto de que cualquiera de los contratantes tenga su establecimiento en la República Argentina.

La lectura de la sentencia que sigue, evidencia la adaptación del contenido de la normativa convencional a los avances de la tecnología en el comercio internacional efectuada por el tribunal.

A) CNCom., Sala A, 05/09/18, "Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L."

Luego de la recepción de la mercadería en el lugar de destino, al verificar la calidad de lo remitido, la Compañía Manufacturera Manisol S.A. (Colombia) adujo que las suelas TR Figo presentaban graves defectos de calidad, un despegue entre un color y otro- marrón/oliva y negro/ gris-, que imposibilitaban su utilización para la confección de calzado. Ello motivó que efectuara el pertinente reclamo y pedido de reposición de la mercadería a la demandada, quien le requirió el envío de un informe técnico explicando la falla de las suelas mencionadas.

En sustento de sus dichos, la accionante adjuntó un acta de certificación notarial del intercambio de correos electrónicos mantenido, desde el 26/09/2007 hasta el 04/12/2007, entre Carlos Eduardo Cruz Melendro- Gerente de Compras y Calidad de Manisol- y María Martha Menini.

Al contestar demanda, Menini Hermanos S.R.L. negó tanto los defectos de calidad de las suelas enviadas a la actora, como así también haber recibido reclamos de esta última por ese motivo. Y respecto al traslado de la documental acompañada por la contraria, únicamente desconoció la autenticidad de ciertos correos electrónicos que supuestamente le habría enviado el mencionado Cruz Melendro, de manera tal que reconoció tácitamente la autenticidad del resto de los e-mails que fueron objeto de la constatación notarial.

Es preciso reiterar que la República Argentina al momento de adherir a la CIGS - ley 22.765 de 19/071983- exigió la forma escrita para cualquier manifestación de intención de las partes en el caso de que cualquiera de ellas tuviera el establecimiento en su territorio. En tal sentido, el tribunal puntualiza que, como una derivación directa de dicha reserva, la resolución de un contrato de compraventa -en tanto se trata de una de las formas de extinción de los contratos- que pretenda hacerse valer en nuestro país debe ser indefectiblemente realizada por escrito, requisito que, en la especie, resultó cumplido con el envío del correo electrónico de fecha 30/10/2007 mediante el cual la compradora Compañía Manufacturera Manisol S.A, comunicó a Menini, sociedad argentina, su decisión de resolver el contrato de la compra del lote de 3.309 pares de suelas TR Figo, color marrón/oliva, y TR Figo color negro/gris.

6. Incumplimiento esencial

La Parte III de la CIGS titulada “Compraventa de mercaderías”, se abre con el Capítulo I, referido a las disposiciones generales (arts. 25 a 29) que, entre otros temas, incluye reglas relativas a la resolución del contrato. Esta declaración sólo procede, si la parte que ha incumplido sus obligaciones ha incurrido en un incumplimiento esencial.

Según el artículo 25 de la CIGS, se entiende que el incumplimiento del contrato es esencial si reúne estos elementos: por un lado, es necesario que el incumplimiento cause a la otra parte “un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”. La cuestión de qué expectativas están justificadas dependerá de cada contrato en concreto y de la distribución de los riesgos prevista en las cláusulas contractuales, en los usos habituales y en las disposiciones de la Convención³³. Por ejemplo, puede constituir un incumplimiento esencial, la falta de conformidad de las mercaderías (art. 46.2) o la entrega parcial de las mercaderías o si sólo una de las piezas de las mercaderías entregadas es conforme al contrato, en estos supuestos, el comprador podrá declarar resuelto el contrato en su totalidad (art. 51.2)³⁴.

Por otro lado, es preciso que la incumplidora no hubiera previsto que el incumplimiento podía frustrar las expectativas más importantes del otro contratante y que una persona razonable de la misma condición tampoco lo hubiera hecho en igual situación. La fórmula escogida para determinar el factor previsibilidad combina un elemento subjetivo: “(...) que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado”, y uno objetivo, que se trate de una “persona razonable”. Este requisito

(33) COMISIÓN NACIONES UNIDAS. *Compendio de jurisprudencia de la CNUDMI relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Viena-Austria, 2016, p. 130.

(34) CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. “Comentario al artículo 25”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, ob. cit., p. 219.

es un concepto jurídico indeterminado al que se refiere la CIGS en su artículo 8, cuyo párrafo tercero brinda los elementos interpretativos para perfilarlo: todas las circunstancias pertinentes del caso, las negociaciones, los usos y prácticas establecidas entre las partes y su comportamiento ulterior. Además de reunir la calidad de persona razonable debe ser “de la misma condición” que aquella que ha incurrido en incumplimiento (en lo relativo a la capacitación técnica, los usos, las prácticas, las negociaciones entre ellas), con una exigencia más, que “no lo hubiera previsto en igual situación”.

Se emplea el término “esencial” para caracterizar el incumplimiento relevante, fundamental del contrato, que puede habilitar un planteo resolutorio y provocar con ello la extinción del vínculo. La naturaleza esencial del incumplimiento, es cuestión que debe ser valorada caso por caso, teniendo en cuenta la finalidad del contrato. En este contexto normativo, encuadra también la decisión citada en el epígrafe anterior:

A) CNCom., sala A, 05/09/18, Compañía Manufacturera Manisol S.A. c. Menini Hermanos S.R.L.

La compradora Compañía Manufacturera Manisol S.A con sede en Colombia, procedió a verificar y observar parcialmente la mercadería adquirida a la demandada argentina Menini Hermanos S.R.L. Luego de la recepción de la mercadería en el lugar de destino, la accionante advirtió la defectuosa calidad de un lote de pares de suelas modelo TR Figo, color negro/gris, y TR Figo color marrón/oliva –un total de 3.309 pares- pues no poseían las cualidades de las muestras o modelos oportunamente presentados por el vendedor y no eran aptas para los usos a los que ordinariamente debía destinarse –falla esencial- (CIGS, arts. 35, inc. 2 a) y c), 38 y 39, inc. 1). Ello motivó que efectuara el pertinente reclamo y pedido de reposición de la mercadería a la demandada.

El vendedor se hizo responsable de la falta de conformidad existente desde el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aunque la falla se manifestara con posterioridad a ese momento (CIGS, art. 36, inc. 1°). Así las cosas, alegada una parcial falta de cumplimiento presuntamente esencial, se acordó entre ambas sociedades la entrega de otras mercaderías en sustitución (CIGS, art. 46, inc. 2).

El incumplimiento esencial, definido por el artículo 25, es el requisito para resolver el contrato por voluntad del comprador en las situaciones previstas en el artículo 49: a) incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor; y b) falta de entrega dentro del plazo suplementario. El cuadro normativo se completa con el artículo 72, que admite la resolución del contrato en el supuesto que exista una probabilidad muy grande de que sobrevenga un incumplimiento esencial de la otra parte antes de la fecha de cumplimiento de las obligaciones.

Cuando la vendedora -Menini Hermanos S.R.L.- informó a la compradora -Manisol S.A- que el trámite de reposición de la mercadería defectuosa demanda-

ría unos 100 días, quedó explicitado que ese plazo no resultaba compatible con la urgencia que el caso requería, reiteradamente puesta de manifiesto por la actora en varios de sus correos electrónicos, en virtud de lo cual, esta última comunicó a aquélla su decisión de resolver el contrato.

A los fines de la resolución anticipada del contrato de compraventa, lo que inviste de incumplimiento esencial, es la imposibilidad de la vendedora de realizar la sustitución de la mercadería a la que se había comprometido en un plazo útil para la adquirente, quien manifestó en varias oportunidades su urgencia por contar con los productos para la elaboración de calzados, para su posterior distribución y venta al público durante la temporada primavera/verano de los años 2007/2008. Se advierte así que, si bien no llegó a verificarse un incumplimiento efectivo por la sociedad argentina Menini a su obligación de reemplazar la mercadería, existió una amenaza concreta de incumplimiento esencial, que también autoriza la resolución³⁵.

7. Los intereses corresponsivos

Con arreglo al artículo 78, el vendedor a quien no se le pagó el precio de la mercancía o cualquier otra suma adeudada en el plazo estipulado en el contrato, tiene derecho sin más a reclamar los intereses correspondientes, “sin perjuicio de toda acción de indemnización de daños y perjuicios exigibles conforme al artículo 74”. Entre esos daños, el Compendio de la CNUDMI sobre jurisprudencia relativa a la CIGS menciona los gastos financieros ocasionados al acreedor por haberse visto obligado, al no disponer de las sumas adeudadas, a pedir un préstamo bancario; o la pérdida de los beneficios que hubiera obtenido el acreedor al invertir la suma adeudada³⁶.

La CIGS guarda silencio acerca del tipo de interés aplicable y de la manera de calcularlo, lo que es consecuencia de las arduas negociaciones que en la Conferencia Diplomática de Viena de 1980 existieron en orden a la calificación concluyente de los intereses. Es por ello, que esta cuestión deberá ser resuelta por un tribunal arbitral o judicial que conozca de la reclamación. La doctrina ha buscado solucionar el tema sobre la naturaleza de los intereses apoyándose en distintos fundamentos, entre otros, los principios generales en que se inspira la CIGS, según lo anuncia el párrafo segundo del artículo 7, o los usos comerciales referidos en el artículo 9. En tal sentido, se considera que la verdadera solución internacional en la determinación del interés debido a partir de sumas de dinero en contratos de compraventa de mercaderías, se obtiene al encontrar la tasa de interés que se determine por medio de

(35) Fallo publicado por Julio Córdoba en *DIPr Argentina* el 03/04/20.

(36) COMISIÓN NACIONES UNIDAS. *Compendio de jurisprudencia de la CNUDMI relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, ob. cit., pp. 254.

la costumbre internacional, es decir: las tasas para préstamos bancarios a propósito de operaciones internacionales³⁷.

Pese a esa diversidad de posiciones, se advierte una clara tendencia a utilizar el tipo previsto en la legislación interna rectora del contrato según las reglas de derecho internacional privado del tribunal que entiende en el conflicto: el derecho nacional que sería aplicable al contrato de compraventa si no estuviera sometido a la Convención (CIGS, art.7.2)³⁸. Ahora bien, corresponde tener presente que si las partes enmarcadas en el principio de la autonomía de la voluntad en sentido material (art. 6) convienen en un determinado tipo de interés con arreglo al artículo 9 -quedarán obligadas por cualquier uso que hubieran pactado-, ese tipo de interés será el aplicable, frente a cualquier legislación nacional llamada a integrar el vacío normativo.

A continuación, examinaremos la decisión del tribunal de apelación que se pronuncia acerca de esta cuestión ante un retraso en el pago del precio:

A) CNCom., sala D, 06/09/16, "Pinturas Industriales S.A. c. Compañía Química Chromabyt S.A. s. ordinario"

Una sociedad establecida en la República Oriental del Uruguay, celebró una compraventa internacional de mercaderías con una sociedad domiciliada en territorio argentino y la prestación más característica del contrato, cual es la entrega de la mercadería, se cumplió en nuestro país. La sociedad uruguaya no pagó a la sociedad argentina, el monto de cada una de las facturas reclamadas que eran pagables a los 60, 90 y 120 días (es decir, por tercios).

La Cámara destaca que el artículo 78³⁹ no determina ni la tasa o tipo de interés, ni la manera de calcularlo. Esa omisión, reiteramos, es consecuencia de las divergencias irreconciliables que se manifestaron en orden a la calificación dogmática de los intereses en la Conferencia de Viena de 1980, en cuyo transcurso se aprobó el texto de la Convención.

Al hilo de lo expuesto por la doctrina, se resalta que de los antecedentes respectivos y, sobre todo, de la ubicación de esta disposición en la sección 3, diferente de la relativa a la indemnización de los daños y perjuicios (art. 74, sección 2), así como

(37) OVIEDO ALBÁN, Jorge. "La tasa de interés en los contratos de compraventa internacional de mercaderías", *Vniversitas*, julio-diciembre, número 110, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá- Colombia, 2005, pp. 325-345.

(38) COMISIÓN NACIONES UNIDAS. *Compendio de jurisprudencia de la CNUDMI relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, ob. cit., pp. 255.

(39) Art. 78: "Si una parte no paga el precio o cualquier otra suma adeudada, la otra parte tendrá derecho a percibir los intereses correspondientes, sin perjuicio de toda otra acción de indemnización de los daños y perjuicios exigibles conforme el art. 74".

del tenor de su salvedad final que no habla de la acción de los mayores daños y perjuicios, resulta con toda nitidez que los intereses que contempla no son intereses moratorios sino que son “intereses corresponsivos”, haya o no haya sufrido daño el acreedor por el retraso⁴⁰. El pago de los intereses, no interfiere con la acción de indemnización de daños y perjuicios.

A fin de brindar mayor claridad al punto, la Cámara afirma que los intereses corresponsivos son una categoría diferente a los intereses moratorios y también a los compensatorios. La diferencia entre estos tipos de interés radica en la función que se asigna a cada uno⁴¹. Los moratorios, pretenden resarcir los daños ocasionados al acreedor de dinero por el retardo culposo en el cumplimiento de la obligación⁴².

Los intereses corresponsivos, explica la sentencia, constituyen una restitución al acreedor pecuniario, no como indemnización, sino en concepto de fruto civil; es la contraprestación al acreedor por el enriquecimiento obtenido por el deudor por disponer de la cantidad no pagada tempestivamente (productividad natural del dinero), con independencia de toda idea de culpa por parte de éste, y se funda en la presunción de productividad del dinero constituyendo, así, una suerte de aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto. El fruto civil debido, ha de restablecer el equilibrio económico entre quien dispuso del capital y quien lo prestó. No deben confundirse con los intereses moratorios. Estos y los corresponsivos son incompatibles.

Los intereses compensatorios, son en la materia contractual, los que se devengan sobre el precio de la cosa vendida y entregada al comprador, que produce frutos u otros provechos, aunque el precio no sea todavía exigible y dependen, no del dinero, sino de la fructificación o productividad de la cosa vendida⁴³.

En la deuda por “intereses corresponsivos” derivada de un contrato de compraventa internacional regido por la CIGS, se señalan las siguientes características: i) es preciso que la deuda, a cargo del comprador o del vendedor, sea pecuniaria y esté vencida; ii) no es necesario que la deuda sea líquida, esto es, de cuantía determinada o determinable mediante una sencilla operación aritmética; iii) tampoco que el

(40) PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Comentario al artículo 78”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, ob. cit., p. 630.

(41) El CCCN clasifica los intereses según su finalidad en: compensatorios, el art. 767 establece que son el precio o remuneración que se debe pagar por el uso y disfrute de un capital ajeno. Pueden ser de origen convencional o legal; de acuerdo al art. 768 los intereses moratorios, en cambio, buscan reparar el daño moratorio, que se acumulará con el resarcimiento del daño compensatorio a fin de lograr la reparación plena; los punitivos, se tratan de intereses moratorios convencionales que se rigen por las normas que regulan la cláusula penal, conforme lo señalado por el art. 769.

(42) GOLDSCHMIDT, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*, actualizado por María Auxiliadora Pisani Ricci (Cord.), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, p. 281.

(43) LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de Derecho Civil - Derecho de las Obligaciones*, t. II, vol. I, quinta edición, Madrid, ed. Dykinson, 2011, p.104.

acreedor haya exigido el pago al deudor, ni que el retraso sea imputable a éste, ni que produzca daño alguno al acreedor⁴⁴.

En función de lo expuesto, la Cámara concluye que carece de relevancia lo expuesto por Compañía Química Chromabyt S.A., en el sentido de no haber sido puesta en mora, ni es justificado que los accesorios solamente se calculen a partir de la intimación cursada por carta documento del 16 de mayo de 2013. Conforme se dijo, la deuda de los “intereses corresponsivos” no está subordinada a que el acreedor haya exigido el pago al deudor, menos mediante una interpelación con aptitud moratoria, pues el artículo 78 de la CIGZ no se refiere al daño moratorio. En consecuencia y como lo pretende la actora, en la sentencia se manifiesta que habrán de ponderarse en la liquidación las fechas de vencimiento escalonado de cada factura (a los 60, 90 y 120 días) calculando los accesorios a partir del correspondiente tercio del capital computable.

El Tribunal de Apelación confirmó el fallo de primera instancia y ordenó al demandado que pagara el precio de compra más los intereses (CIGS, art.78). Habida cuenta de que el texto uniforme no especifica el tipo de interés, el tribunal sigue su jurisprudencia anterior para deudas en dólares estadounidenses y aplicó la tasa del 6% anual. La decisión la fundamenta en el hecho que los tribunales muestran una clara tendencia a utilizar el tipo previsto en la legislación interna aplicable al contrato, según las reglas del derecho internacional privado del foro (art. 7.2), es decir, la ley que le sería aplicable al contrato de compraventa si no estuviera comprendido en el ámbito de la Convención⁴⁵.

En la práctica la doctrina y jurisprudencia no son unánimes, tal como se verá en la próxima sentencia en la que se podrá advertir que la solución conforme al derecho nacional no arroja idénticos resultados.

B) CNCom., sala F, 07/10/10, Ecotune (India) Private Ltd. c. Cencosud S.A.

Retomamos el conflicto entre la exportadora y vendedora india “Ecotune Private Ltd” y la compradora argentina “Cencosud S.A.” respecto al no pago del precio convenido después de ocho largos años de la entrega de las mercaderías al comprador. Es que no sólo no cumplió con la principal prestación que hubo asumido, el pago del precio de la mercadería en las condiciones establecidas (arts. 53 y 54 de la CIGS) sino que, adicionalmente, pudo colocar los productos en el mercado, es decir, revenderlos y obtener una ganancia. Y, ciertamente, ello conlleva a concluir que acorde a lo establecido en el artículo 25 del texto uniforme, esa obligación era esencial, desde que con tal proceder se privó a Ecotune “sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”.

(44) PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “comentario al artículo 78”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, ob. cit., p. 632.

(45) Fallo publicado por Julio Córdoba en *DIPr Argentina* el 29/08/17.

De la documentación aportada por la actora, surge la cláusula FOB República de la India. El Incoterm FOB (free on board) implica que el vendedor corre con todos los gastos y riesgos hasta que la mercancía se sube a bordo del medio de transporte, con lo que podría establecerse que estrictamente el lugar de cumplimiento habría sido el puerto de embarque de la mercadería situado en la India. Si bien las partes consignaron que la operación sería realizada en los términos de la cláusula FOB conforme las facturas presentadas, la insistencia en predicar de modo concurrente que el lugar de cumplimiento fue en Argentina, permitió al tribunal cuanto menos inferir que las contrincantes minorizaron el alcance de ese incoterm y designaron como lugar de cumplimiento de la prestación más característica el puerto argentino. Ello, en tácito uso de la autonomía de la voluntad conflictual -aunque de alcance restringido- de la que gozaban las partes en materia de compraventa internacional de mercaderías, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1209, 1210 y 1212 del sustituido Código Civil.

Sobre esta base normativa, se designa el derecho de la República Argentina -por tratarse de un Estado contratante y del lugar de cumplimiento de la prestación más característica-. Por consiguiente, el tribunal de alzada concluye que el litigio se halla dentro del régimen de aplicación de la Convención conforme lo establece su art. 1º.1b).

Las partes acordaron que la transacción se realizara en dólares estadounidenses, pero no incluyeron ninguna cláusula con expresa previsión sobre la aplicación de algún tipo de interés. Sentado lo anterior, se procede a examinar a la luz de las normas contenidas en la CIGS - arts. 61.1b)⁴⁶, 74⁴⁷ y 78- si resulta procedente añadir a la condena dictada en primera instancia el rubro daños y perjuicios -equivalente a los intereses compensatorios- y, en su caso, la tasa de interés que debe aplicarse a los efectos de su cálculo.

El Jug. Nac. Com. 9, secretaría 17, condenó el 13/11/2009 a Cencosud S.A. a pagar el importe correspondiente al precio de las mercaderías recibidas (US\$ 40.895,70), más los intereses moratorios. Se desestimó, en cambio, la pretensión enderezada a obtener la reparación de los daños. En tanto no se pactaron los intereses compensatorios, sólo cupo reconocer los moratorios a una tasa anual del 7%.

(46) Art. 61.1. "Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá: (...) b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 y 77 (...)"

(47) Art. 74: "La indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes comprenderá el valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia dejada de obtener por la otra parte como consecuencia del incumplimiento. Esa indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte que haya incurrido en incumplimiento hubiera previsto o debiera haber previsto en el momento de la celebración del contrato, tomando en consideración los hechos de que tuvo o debió haber tenido conocimiento en ese momento, como consecuencia posible del incumplimiento del contrato".

La mayoría de la Cámara confirma la resolución de grado, argumentando que el incumplimiento en que incurrió la demandada fue susceptible de generar sólo daños moratorios. A tal efecto, señaló que resultan ser jurídicamente computables los daños y perjuicios producidos por la tardanza -por la mora- en satisfacer lo debido y, entonces, son desestimables aquellos perjuicios que importen el incumplimiento definitivo de la obligación; es decir, el daño compensatorio entendido como aquel que sustituye a la prestación comprometida (cfr. CNCom., sala C, 30/12/2009, "Amaravathi Textiles c. Cencosud S.A. s. ordinario"⁴⁸). El razonamiento jurídico, resulta compatible con el artículo 74 de la CIGS que prevé que la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del contrato en que haya incurrido una de las partes, comprende el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener, pues la pérdida a la que alude lo es, sin duda alguna, el interés moratorio que sumado al capital (la ganancia dejada de obtener) deberá pagar la demandada debido a la sentencia que, en este aspecto, se encuentra firme. En virtud de los fundamentos antedichos, se desestima la pretensión recursiva concerniente al devengamiento de réditos a título compensatorio. En consecuencia, se omite cualquier mención relativa a la tasa de interés aplicable para aquellos accesorios de naturaleza compensatoria. Por lo demás, se remarca que la tasa de interés moratoria establecida por la anterior sentenciante no ha sido materia actual de apelación.

La disidencia parcial de la magistrada Tevez, apunta a reconocer los intereses compensatorios pretendidos por la apelante. Para fundamentar su voto, cita la regla general que establece el artículo 74 de la CIGS que trata de poner al contratante perjudicado dentro de lo posible en la misma situación económica en la que se habría encontrado si no hubiese habido incumplimiento (principio de resarcimiento integral). En tal sentido, señala que la imposibilidad de la actora de disponer de los fondos en tiempo oportuno, le ha generado un daño que merece adecuada reparación dentro de la CIGS. Con cita de la doctrina (Rouillon, Adolfo y Díez Picazo y Ponce de León) y de acuerdo con las previsiones de los artículos 74 y 78 de la normativa convencional, la jueza analiza la procedencia de los intereses compensatorios solicitados por la apelante en concepto de reparación de los perjuicios que dijo padecer, porque transcurrieron ocho años sin que recibiera el precio convenido. Asimismo, destaca que la demandada (Cencosud S.A.) se benefició con la contratación a costa de la vendedora (Ecotune). Es que no sólo no cumplió con el pago del precio de la mercadería, sino que, adicionalmente, pudo colocar los productos en el mercado, es decir, revenderlos y obtener una ganancia. Por consiguiente, expresa que "esta actitud reticente en punto al cumplimiento de sus obligaciones no puede ser convalidada, pues contraría a las claras uno de los propósitos perseguidos en el artículo 7 de la Convención: la necesidad de observar la buena fe en el comercio internacional".

(48) El examen de la sentencia puede verse en URIONDO DE MARTINOLI, Amalia - MARTINOLI URIONDO, Estefanía. *Lecciones de derecho internacional privado - Contratos internacionales*, ob. cit., pp. 496-501.

En cuanto a la naturaleza de los intereses que contempla el artículo 78, la jueza opina que no son intereses moratorios - resarcimiento del daño causado al acreedor de dinero por el retraso imputable al deudor en el pago de la suma debida- sino son intereses compensatorios. En orden a fundamentar su criterio, creo conveniente transcribir los párrafos respectivos: “En la misma línea se expide Díez Picazo y Ponce de León, al considerar que de los antecedentes del art. 78 y, sobre todo, de su ubicación en una sección diferente de la relativa a la indemnización de daños y perjuicios y del tenor de su inciso final, surge que se trata de intereses compensatorios. Afirma textualmente al comentar la norma citada lo siguiente: “(...) resulta con toda nitidez que los intereses que contempla no son intereses moratorios -resarcimiento del daño causado al acreedor de dinero por el retraso imputable al deudor en el pago de la suma debida- sino, por emplear una terminología importada de los juristas italianos, “intereses correspectivos” -restitución al acreedor del enriquecimiento obtenido por el deudor por disponer de la cantidad no tempestivamente pagada (productividad natural del dinero), haya o no sufrido daño el acreedor por el retraso-. “(...) Más aún: agrega que no obsta a la aplicación de la norma comentada el hecho de que la ley nacional a que remitan las normas de Derecho internacional privado del foro prohíba o ignore con carácter general el derecho a cobrar intereses del acreedor del dinero en caso de retraso en el pago de la cantidad adeudada; ni que desconozca, en concreto la categoría de los así denominados “intereses correspectivos (...)”⁴⁹.

Con específica base legal en lo previsto por los artículos 61.1.b), 74 y 78, la vocal de Cámara, juzga procedente el otorgamiento de intereses compensatorios como resarcimiento del daño padecido por “Ecotune”, la parte cumplidora⁵⁰.

Sin perjuicio de recordar la sentencia anterior de 6 de septiembre de 2016 pronunciada por la sala D de la Cámara de Comercio, para resolver la controversia planteada entre la sociedad argentina Pinturas Industriales S.A. y la Compañía Química Chromabyt S.A. radicada en Uruguay. La decisión se sustenta en una clara distinción entre intereses moratorios, compensatorios y correspectivos, así como en la explicación de sus respectivos conceptos, proporcionando las características fundamentales de cada uno. No es seguro que la discrepancia existente entre ambos pronunciamientos sea puramente terminológica.

8. Exoneración

El artículo 79 de la CIGS, exime a una parte que ha incumplido un contrato de su responsabilidad por los daños y perjuicios que haya causado en la medida del artículo 74, solo si el incumplimiento contractual se debió a un impedimento fuera de su control. En el texto uniforme, la regla en materia de responsabilidad

(49) PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “Comentario al artículo 78”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, ob. cit., pp. 630-631.

(50) Fallo publicado por Julio Córdoba en *DIPr Argentina* el 29/03/11.

es que todo incumplimiento atribuye responsabilidad, salvo que el deudor pruebe que dicho incumplimiento tuvo su causa en un impedimento ajeno a su esfera de control. Si rinde esa prueba se exonera de responsabilidad⁵¹.

A tal efecto, el apartado 1 del artículo 79 establece que los requisitos para liberarse de responsabilidad son los siguientes: i) existencia de un impedimento, es decir, de una situación de hecho que genera la falta de cumplimiento del deudor de la obligación correspondiente; ii) el origen del impedimento debe ser ajeno a su voluntad; iii) al momento de la celebración del contrato no resulta razonablemente esperable que hubiese sido tenido en cuenta por quién invoca el impedimento; iv) por la naturaleza de éste, no puede ser razonablemente superado o evitado como así tampoco sus consecuencias. La exención del deudor al amparo del artículo 79 de la CIGS solo da lugar a la caducidad de la demanda de indemnización, pero el acreedor sigue teniendo la posibilidad de ejercer cualquier otro recurso legal. El pago de intereses con arreglo al artículo 78 de la CIGS no es una indemnización y, por tanto, es independiente de la cuestión de si el deudor puede justificar su retraso del pago de acuerdo con el artículo 79 de la CIGS⁵².

El tema de la exoneración de responsabilidad del deudor ha sido considerado en la siguiente sentencia judicial:

A) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Cámara Comercial - Sala F, 1 de septiembre de 2016, "Demelfor S.A. contra Carogran S.A. sobre Ordinario"

La empresa exportadora uruguaya Demelfor celebró con Carogran S.A, una empresa con sede social en Argentina, tres contratos de compraventa internacional de arroz parbolizado (parcialmente hervido), documentados con las facturas N° 8932, N° 010207 y N°010213. Tales negocios se llevaron a cabo bajo la cláusula CPT (*Carriage Paid To*: transporte pagado hasta el lugar de destino convenido de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional) y que acontecieron sin inconvenientes hasta el 2011, tiempo en que la reclamada incumplió en el pago de tres facturas. Las cancelaciones de la venta, debían realizarse en dólares estadounidenses mediante transferencia bancaria a la cuenta que la actora tiene en su banco corresponsal en Uruguay. Dichos instrumentos se encuentran impagos; la actora confeccionó la nota de crédito N° 9738 por U\$S 10.800; las partes firmaron un acuerdo de fecha 03/05/2013, mediante el cual la accionante otorgó a su contraria una prórroga de pago de seis meses.

(51) VIDAL OLIVARES, Álvaro, "Atribución y exoneración de responsabilidad en la compraventa internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XVIII - N° 1, julio 2005, pp. 55-88.

(52) *Compendio de jurisprudencia de la CNUDMI relativo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, ob. cit., pp. 261.

El 30/02/2012 el BCRA dicta la Comunicación “A” 5274, en la cual se obligaba a las entidades intervinientes en operaciones de comercio exterior verificar que el importador, al momento de acceso al mercado de cambios, “no registre demoras en la demostración de la oficialización del despacho de importación o, en su caso, del reingreso de divisas por operaciones realizadas con acceso al mercado local de cambios con anterioridad al registro de ingreso aduanero”.

Frente a los reclamos por falta de pago, Carogran S.A. argumentó no haber podido pagar dado que el BCRA le impidió acceder al mercado único y libre de cambios (MULC) para adquirir los dólares necesarios. Es preciso tener en cuenta que Carogran había hecho tres importaciones en 2004 y 2006 (en las que intervinieron el Banco Galicia) con una empresa brasilera, y que, por el extravío de documentos, presentaban problemas en el cierre del circuito de documentación aduanera de ingreso al país. Esta irregularidad, le impidió acceder al mercado único y libre de cambios para adquirir las divisas necesarias para cancelar sus obligaciones con la exportadora.

La cuestión principal a discutir consiste en determinar si la imposibilidad de pago alegada por la demandada, encaja dentro del supuesto de exoneración previsto en el artículo 79 de la normativa convencional.

La Cámara puntualiza que la verdadera causa de la imposibilidad de acceder al mercado único y libre de cambios (MULC) por parte de Carogran S.A., consistió en el extravío de determinado instrumento aduanero vinculado al ingreso de ciertos bienes adquiridos de una compañía brasilera en 2004 y 2006, y no en la normativa dictada por el BCRA.

De esa forma, manifiesta que las medidas cambiarias aludidas por la reclamada podrían -eventualmente- haber originado dificultades para cumplir, mas no imposibilidad. La requerida debió “adoptar las medidas y cumplir los requisitos fijados por el contrato o por las leyes o los reglamentos pertinentes para que sea posible el pago”, como lo prescribe el artículo 54 del mismo cuerpo legal.

En ese orden lógico, culmina exponiendo que en tanto en la causa no existió un “impedimento ajeno a la voluntad” de la accionada por el cual incumplió la deuda reclamada, sino una causa achacable a ella -la pérdida de cierta documentación necesaria para obtener el acceso al mercado único y libre de cambios-, no resulta aplicable la exoneración establecida en el artículo 79 de la CIGS, es decir, la petición de exoneración le fue denegada⁵³.

(53) Fallo publicado en *V|Lex* Información jurídica inteligente.

II. Apreciaciones finales

Las interpretaciones de la CIGS que han efectuado los tribunales nacionales en los casos seleccionados, contribuyen a reforzar la uniformidad en la regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías en los siguientes aspectos:

El principio de prelación de fuentes normativas reconocido tanto en el derecho positivo interno: Constitución Nacional de 1994 (art. 75, inc. 22) y CCCN (art. 2594), como en el marco internacional: Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado -CIDIP II, Montevideo 1979- (art. 1).

El adecuado y nítido deslinde de los ámbitos de aplicación espacial, material y temporal de las normas sustantivas convencionales.

El carácter dispositivo de la reglamentación jurídica contenida en la CIGS. Las partes pueden convenir por acuerdo entre ellas su exclusión total o establecer excepciones a sus disposiciones o incluso modificarlas.

La organización de un sistema de adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor, siendo muestra de este equilibrio la regulación de la falta de conformidad de las mercaderías y un sistema de acciones basado en la esencialidad del incumplimiento.

El recurso, en forma subsidiaria, al derecho nacional aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado del foro, como medio de integración del contrato, ante la imposibilidad de recurrir a los principios generales en los que se basa la Convención.

La incidencia de los usos y prácticas comerciales que las partes hayan convenido y los usos objetivamente aplicables, en la formación del contrato de compraventa internacional.

La reserva argentina relativa a la obligatoriedad de la forma escrita, se considera cumplida mediante la utilización de las nuevas tecnologías que agilizan las transacciones del comercio internacional.

La CIGS establece el derecho del acreedor de una obligación derivada del contrato de compraventa internacional a percibir los intereses correspondientes, pero no indica ningún porcentaje o criterio para que sea determinada la tasa de interés. Ante tal omisión cabe estar, en principio, a aquélla que las partes han convenido y, a falta de previsión contractual, a la vigente según el derecho interno aplicable al contrato según las reglas del derecho internacional privado del foro.

No aparecen en la normativa uniforme, a modo de ejemplo, conceptos como los de caso fortuito o fuerza mayor o excesiva onerosidad, privilegiándose la descripción de las circunstancias que eximen a una parte de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato o la Convención.

La CIGS se ha convertido en una de las piezas fundamentales de la regulación del contrato de compraventa en nuestro derecho interno, así lo demuestran las normas referidas al silencio sobre el precio y los criterios para fijarlo: art. 55 de la CIGS y art. 1143 del CCCN; las que determinan las obligaciones principales del vendedor art. 30 de la CIGS y art. 1137 del CCCN.

Los jueces, abogados y estudiosos que se acerquen al texto uniforme, podrán también comprobar que las letras de molde cobran vida a través del razonamiento jurídico, porque éste enlaza a todas las disposiciones en una unidad de manera que haya armonía y correspondencia entre ellas, hasta configurar la justa solución al caso concreto.

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES ALTERADOS POR LA PANDEMIA DE COVID-19*

*INTERNATIONAL CONTRACTS ALTERED
BY THE COVID-19 PANDEMIC*

*Adriana Dreyzin de Klor***

Resumen: Este trabajo se centra en los contratos internacionales a partir de los diversos interrogantes que se vienen planteando en el actual contexto de la pandemia de la COVID-19, los que, sin duda, crecerán de manera exponencial una vez que la 'nueva normalidad' retome su cauce y las negociaciones internacionales se reactiven. El estudio se realiza a la luz del Derecho internacional privado.

Palabras-clave: Contratos internacionales - Derecho internacional privado - Covid-19.

Abstract: This work focuses on international contracts based on the various questions that have been raised in the current context of the COVID-19 pandemic, which will undoubtedly grow exponentially once the 'new normality' get back on track and international negotiations are reactivated. The study is carried out in the light of private international law.

Keywords: International contracts - Private international law - Covid-19.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 10 de abril del mismo año.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Catedrática de Derecho Internacional Privado (DIPr) en la UNC. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Redactora del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (hoy ley 26.994) para colaborar en la elaboración del Título IV del Libro Sexto (DIPr). El presente artículo -con algunas modificaciones- ha sido publicado en la *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2020-3.

Sumario: I. Situándonos en el contexto. II. Contratación internacional en tiempos de pandemia. 1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil-CNUDMI /UNCITRAL. A. La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. B. El artículo 79 de la Convención y la Opinión 20. a. La norma sobre exoneración. b. La Opinión 20 y algunos Comentarios. 2. UNIDROIT y los Principios sobre los contratos comerciales internacionales. A. La excesiva onerosidad en los Principios de UNIDROIT. B. Los Principios sobre los contratos internacionales UNIDROIT y Covid-19. 3. La Cámara de Comercio Internacional. Cláusulas de fuerza mayor y *Hardship*. 4. El Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) y la pandemia. 5. Una importante iniciativa. III. Reflexiones para comenzar...

*“Los principales problemas
del mundo de hoy
son globales en esencia,
y no pueden resolverse
a menos que sea a través
de algún tipo de
cooperación global”*

Yuval Noah Harari

I. Situándonos en el contexto

Es reiterativo señalar en el año 2021 el impacto que la COVID-19 ha detenido el mundo. No solo sufrimos terribles pérdidas humanas, sino que el fenómeno que ataca al planeta está permeando todos los ámbitos de nuestra vida. Se creó una situación de profunda incertidumbre científica, sanitaria y económica, que se extendió a todos los rincones de la tierra. Numerosas actividades laborales, profesionales, sociales, educacionales, turísticas, han sido canceladas; el teletrabajo ha mutado nuestro desempeño presencial y las medidas dictadas para restringir la movilidad de los ciudadanos, en nuestro país se vienen extendiendo por un plazo del que solo conocemos su punto inicial¹.

A través de la normativa complementaria y modificatoria que fue dictándose desde el comienzo de la cuarentena, esa fuerte restricción a la libertad ambulatoria de las personas que solo admitía desplazamientos a los efectos de cumplir las actividades esenciales enumeradas en el plexo normativo de emergencia, se fue matizando. De este modo, se amplió la cantidad de actividades permitidas y, en

(1) DNU Nº 297/2020.

esta línea, se observa que a medida que transcurren los días, la libertad de desplazamiento se va reconduciendo en función de la evolución de la situación sanitaria. Sin embargo, debe señalarse que contamos hoy con una profusa normativa, tanto nacional, provincial, como municipal, que amplía o restringe las actividades según la zona y la exposición a los contagios y a la difusión del virus. Es probable, incluso, que la extensión de esta crisis traiga consigo la continuidad del dictado de medidas que interfieran en el cumplimiento de obligaciones asumidas en el ámbito nacional o internacional, que se encuentren en curso de ejecución, en una suerte de fiebre legisferante que, en Argentina, encuentra no pocos antecedentes².

Esta coyuntura que se desarrolla en el escenario global afecta también, las relaciones jurídico privadas internacionales; la crítica situación en que han quedado las personas y empresas a raíz del fenómeno que nos atraviesa, cobra un profundo impacto en el Derecho internacional privado (DIPr) que se ve interpelado desde varios de sus institutos. Importa conocer si este sector de la ciencia jurídica cuenta con soluciones eficaces para dar respuesta a las innumerables complejidades generadas en nuestros días³.

El objetivo de este trabajo es centrarnos en los contratos internacionales⁴ a partir de los diversos interrogantes que se vienen planteando en el actual contexto los que, sin duda, crecerán de manera exponencial una vez que la ‘nueva normalidad’ retome su cauce y las negociaciones internacionales se reactiven. En esa instancia habrá que atender a lo sucedido en el período de pandemia respecto a los contratos en curso, y a tal efecto, direccionarse a las fuentes de DIPr., se convierte en el paso imprescindible.

Ahora bien, a modo de premisa consignemos que las fuentes legales en este ámbito material, se vinculan a un objetivo que no es otro que incrementar la seguridad jurídica de la contratación internacional. En este sentido, la ley aplicable al contrato

(2) Conf. RIVERA, Julio C. “Los contratos frente a la pandemia”, *La Ley*, Buenos Argentina, 22/04/2020, p. 4.

(3) DREYZIN DE KLOR, Adriana. “Implicancias de la pandemia COVID-19 en el Derecho internacional privado”, en *Efectos jurídicos de la pandemia COVID-19*, (PIZARRO, Daniel - VALLESPIÑOS, Gustavo, Dirs.), Rubinzal Culzoni, Argentina, 2020 (en prensa).

(4) Se entiende por contrato internacional aquel que presenta vínculos con dos o más estados o, lo que es igual, aquel en el que existe un elemento de extranjería. Ahora bien, a partir de esta noción elemental se generan discrepancias a fin de precisar qué debe entenderse por vínculos o elementos de extranjería y, en su caso, cuál es la naturaleza de estos vínculos. Mientras para una corriente doctrinal, puede tratarse de cualquier tipo de vínculo por débil que sea, para otros autores, se requiere un vínculo relevante que brinde posibilidad de elegir una de las leyes en presencia. Tradicionalmente, se ha considerado que se trata de vínculos fácticos o jurídicos - residencia habitual o establecimiento de las partes contratantes, lugar de celebración, lugar de cumplimiento, lugar de situación del bien, lugar de prestación de servicio del objeto del contrato-. Sin embargo, actualmente se considera la posibilidad de aplicar un criterio económico para definir la internacionalidad del contrato. Ver KASSIS, Antoine. *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 53 y ss. Véase también: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El derecho internacional privado actual*, tomo 2, Zavallía, Buenos Aires, 2017, p. 292.

debe contar con un elevado nivel de previsibilidad, y es esta consideración la que obra de inspiración y orientación de los estados para avanzar en la elaboración de fuentes jurídicas contractuales internacionales.

En efecto, una de las mayores complejidades que se plantea en el contrato internacional es conocer a ciencia cierta, el derecho que el juez aplicará para dirimir eventuales conflictos que puedan surgir en el devenir de la relación transfronteriza. Es entonces que aparece el DIPr contractual cuyo principal objetivo es determinar el régimen jurídico sustancial o de fondo que regirá el contrato, de modo de hacer efectivas las razonables y legítimas expectativas de las partes en la transacción⁵.

Si bien por décadas el derecho de los contratos, de acuerdo a como fuera concebido en la codificación internacional, gozó de ciertas dosis de estabilidad, hoy adquiere un inusitado movimiento por no decir que ha entrado en ebullición. Ciertamente, la cantidad de fuentes de origen internacional -sean regionales, continentales y universales- sobre la materia no es menor⁶, desarrollándose a través de distintos métodos. En este orden de ideas, dos aspectos son remarcables. Por una parte, la participación activa en los foros de codificación de países de las más diversas raíces, en tanto que, por otro lado, se advierte la mencionada diversidad metodológica ya que se cuenta con normas de conflicto, normas materiales, y principios, a la hora de regular la materia contractual internacional.

Es por estos motivos que consideramos muy ilustrativo y sumamente útil, bucear en dichos foros y en las organizaciones internacionales que se vienen pronunciando acerca del modo de afrontar las situaciones generadas a partir de la declaración de pandemia. Los pronunciamientos que nos ofrecen son significativamente relevantes para estudiar y analizar cómo se debe interpretar el panorama contractual internacional en las actuales circunstancias.

II. Contratación internacional en tiempos de pandemia

El problema central que se advierte en el marco internacional a partir de la pandemia declarada y las medidas adoptadas por los estados, gira en torno a la ejecución de los contratos signados.

Los efectos causados por la cuarentena revierten tanto en situaciones de hecho como de derecho que provocan la frustración, imposibilidad y dificultad de cumpli-

(5) Conf. CALVO CARAVACA, Alfonso L. - CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, vol., II, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, p. 44.

(6) Por citar algunos ejemplos en razón del origen, podemos referir a nivel regional: Mercosur; a nivel continental: Conferencias Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP); a nivel universal, la Conferencia de La Haya; Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) - (UNCITRAL en sus siglas en inglés); UNIDROIT.

miento de las obligaciones asumidas, sean de larga duración o ejecución diferida⁷. Las medidas de aislamiento y cierre de fronteras con las consiguientes limitaciones legales al tránsito y transporte de mercancías, personas y servicios, devinieron en la imposibilidad de cumplir con la entrega de materias primas y componentes, así como con actividades económicas tales como construcciones, transporte, servicios turísticos, fabricación de productos, entre tantas otras obligaciones que fueran asumidas a través de contratos internacionales. El impacto en las transacciones es inconmensurable y el derecho es llamado a intervenir a partir de las disposiciones plasmadas en las fuentes jurídicas que resultan de aplicación.

El problema se plantea a partir de interrogantes que surgen en la coyuntura, a saber: ¿qué tratamiento jurídico se deberá dar a los contratos por concurrir circunstancias sobrevenidas, imprevisibles a la hora de ser celebrados, que vuelven imposible, absurdo o excesivamente oneroso el cumplimiento? ¿Es factible dispensar a una parte del contrato, el deudor, del cumplimiento de su obligación, liberándolo, por tanto, de su responsabilidad contractual, frente a las circunstancias señaladas? Y otro interrogante que nos preocupa gira en torno a la obligación o no de las partes de emprender una renegociación de los términos del contrato.

En virtud de la frustración del contrato, el incumplimiento de la obligación pactada no genera o mengua la responsabilidad contractual atendiendo al principio *pacta sunt servanda* o *sanctity of contracts*. Sin embargo, en estos casos estaríamos frente a una excepción o limitación a dicho principio.

Ante la situación planteada en el mundo, no sorprende que, como hemos adelantado, tanto organizaciones científicas, como foros de codificación y centros académicos de las más diversas latitudes se hayan involucrado para trabajar en la divulgación de algunas soluciones contenidas en instrumentos internacionales, interpretadas de cara a los acontecimientos que atravesamos con el objetivo de proponer algunas soluciones y recomendaciones.

Las circunstancias sobrevinientes a la emergencia sanitaria, resultaban imprevisibles a la hora de celebrar contratos y, por tanto, ajenas a la voluntad de las partes, a la vez que externas e insuperables. Bien se conoce que una de las condiciones aparentemente consustanciales a los supuestos de frustración del contrato, es la imprevisibilidad en el momento de contratar, de las circunstancias sobrevenidas que impiden el cumplimiento. Si bien en principio, esta circunstancia podría parecer clara, no deja de ser un concepto subjetivo y una exigencia que es muy variable según los sistemas jurídicos⁸. En consecuencia, justifican distintas figuras jurídicas

(7) Ver: "COVID-19 y frustración de contratos internacionales", Recomendación de IHLADI. (<http://ihladi.net/wp-content/uploads/2020/07/COVID-19-y-frustraci%C3%B3n-de-contratos-internacionales.pdf>).

(8) Conf. SANCHEZ LORENZO, Sixto. "La frustración del contrato", en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional* (Sixto Sánchez Lorenzo, editor), 2º ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, p. 1397.

como son la fuerza mayor, el caso fortuito o la imposibilidad material, la imposibilidad económica, la frustración de la causa o de las bases jurídicas del contrato; la imprevisión, el *hardship* o la excesiva onerosidad. Cada uno de los institutos mencionados provoca distintos efectos ante el incumplimiento contractual, su resolución, o renegociación y en su caso, la indemnización que pueda corresponder por daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Basados en este contexto, consideramos útil efectuar una breve incursión por algunos de los documentos, fruto de la elaboración de organizaciones internacionales que se han pronunciado sobre el particular. En esta convicción, vamos a referirnos a cuatro espacios, todos de reconocida trayectoria, sea como foros de codificación, sea como ámbito que nuclea a investigadores, juristas y analistas del Derecho internacional.

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil - CNUDMI/UNCITRAL

Cuando ya comenzaba a avizorarse que la COVID-19 avanzaba a pasos agigantados, el Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías⁹ emitió su opinión consultiva N° 20, "*Hardship under the CISG*"¹⁰ en la que presenta una interpretación del artículo 79 del convenio¹¹.

Previo a referirnos a dicha Opinión, estimamos conveniente situarnos brevemente en la Convención sobre Compraventa internacional de mercaderías (en adelante: la Convención o CVCIM) para facilitar la comprensión del tema que nos ocupa.

(9) A los efectos de lograr el máximo de uniformidad aplicativa de la Convención, se crea el Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, "CIGS-AC" o "Consejo", que responde al acrónimo de *Convention on International Sale of Goods-Advisory Council* (<http://www.cisgac.com>). Este Consejo nace en 2001 y muy rápidamente fue aceptado por el grupo de expertos de la CVCIM. Para profundizar sobre el Consejo, ver: GARRO, Alejandro M. - PERALES VISCASILLAS, Pilar. "Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías (CISG-AC)", en *Estudios de Derecho Extranjero y Derecho Uniforme*, ADC, tomo LXI, 2008, fasc. III, pp. 1389-1390.

(10) Convención de Viena sobre Compraventa internacional de Mercaderías, (la Convención, CVCIM, o en sus siglas en inglés CISG: *Convention on International Sales of Goods*) se encuentra vigente desde el 1 de enero de 1988.

(11) La Opinión se emite entre el 5 y el 7 de febrero de 2020. CISG-AC Opinion N° 20, *Hardship under the CISG*, Rapporteur: Prof. Dr. Edgardo Muñoz, Universidad Panamericana, Guadalajara, México. *Adopted by the CISG Advisory Council following its 27th meeting, in Puerto Vallarta, México on 2-5 February 2020. Reproduction of this opinion is authorized Michael Bridge, Chair, Yesim Atamer, Eric Bergsten, Joachim Bonell, Sieg Eiselen Lauro Gama, Alejandro Garro, Roy Goode, John Gotanda, Han Shiyuan, Johnny Herre, Pilar Perales Viscasillas, Ingeborg Schwenzer, Hiroo Sono, Claude Witz - Members. Milena Djordjević, Secretary.*

A. La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías

Desde su aparición en el mundo jurídico de los negocios, la CVCIM recibió una amplia acogida siendo ratificada por un importante número de Estados¹². Su preparación llevó nueve años, y abrevó de fuentes elaboradas en otros foros¹³, hecho que por sí mismo refleja la complejidad que produjo el proceso de armonización de los sistemas jurídicos conducentes a aprobar un instrumento que avance en la unificación de la compraventa internacional de mercaderías. El proceso debe su éxito a varios motivos: el laborioso trabajo realizado por los delegados de numerosos Estados, el estudio de los precedentes elaborados a nivel internacional¹⁴ y el hecho que el motor impulsor de este trabajo unificador comprendió la brecha cultural y jurídica entre complejos ordenamientos internos que regulan la compraventa. Téngase presente que no pocas veces, las diversas familias jurídicas resultan incompatibles entre sí¹⁵.

(12) Al 14 /8/2020, son noventa y tres los Estados ratificantes. El 16 de julio de 2020, Portugal inició el proceso para incorporarse a la CVCIM. Ver estado actual de ratificaciones en (https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status).

(13) Los esfuerzos para lograr la unificación normativa en materia de compraventa internacional de mercaderías son de larga data. A fines del siglo XIX se registra una iniciativa holandesa que, si bien no logra los objetivos propuestos, dio lugar a que la International Law Association en 1924, inicie un debate sobre una posible unificación legislativa en la materia. Paralelamente a las iniciativas que continuaban desarrollándose también con la participación de la Conferencia de La Haya, en UNIDROIT, comienza a gestarse un proyecto de ley uniforme de la compraventa internacional de mercaderías. Teniendo ese anteproyecto como base, un segundo anteproyecto fue elaborado en 1939, interrumpiéndose los trabajos a raíz de la Segunda Guerra Mundial. Recién en 1951, por iniciativa del Gobierno de Holanda, que convoca a una conferencia en La Haya, se reúnen delegaciones de veintidós países que se pronuncian a favor de la unificación proyectada. Un nuevo anteproyecto surge en 1956, el que es remitido a diversos países a efectos de que se pronuncien sobre el mismo. En 1962 se reúne la comisión especial para trabajar sobre los informes recibidos, optándose por elaborar dos anteproyectos: uno, destinado a regir la formación del contrato y otro, la venta internacional de cosas muebles. Ambos anteproyectos fueron objeto de análisis en la Conferencia de La Haya de 1964. Para mayor ilustración ver: GARRO, Alejandro -ZUPPI, Alberto. *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 32.

(14) Principalmente, los textos elaborados en la Conferencia de La Haya de 1964, a saber: "Ley uniforme sobre la venta internacional de objetos mobiliarios corporales" (LUVI) y "Ley uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales" (LUF). Si bien estos proyectos no tuvieron gran aceptación, entraron en vigor en 1972. Las razones del bajo favor fueron diversas. Así, se consideró que, bajo una aparente uniformidad, subyacen diferencias profundas en un sector tan estratégico como el de la contratación internacional y la prelación de los usos sobre la ley, no fueron menores. Ver: BARONA VILAR, Silvia - ESPLUGUES MOTA, Carlos - HERNANDEZ MARTI, Juan. *Contratación internacional, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación* (Carlos Esplugues Mota, Coord.), tirant lo blanch, Valencia, España, 2ª ed., 1999, p. 270.

(15) Ver: DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Edición, traducción y notas de Jorge SÁNCHEZ CORDERO, UNAM, México 2010.

Dada la confluencia de estos factores, principalmente el encuentro entre sistemas jurídicos que los comparatistas distinguían con alguna dosis de nitidez, pudo llevarse a cabo su redacción que contó con una “auténtica participación internacional”¹⁶.

El Convenio cuenta con una cantidad de países que representan más del noventa por ciento del comercio internacional, hecho que según autorizada doctrina obedece a dos razones principales: “a) la primera es que la Convención ofrece un sistema justo, equilibrado, en el que no hay ventajas para una de las partes en perjuicio de la otra, y ese sistema es profundamente internacional y con espíritu unificador; b) la segunda razón es el lenguaje en el que está escrita, sin considerar el idioma oficial de las Naciones Unidas que se use, que tiene las características de una verdadera *lingua franca* o quizás esperanto jurídico que necesariamente obliga al intérprete -sea juez o árbitro- a buscar las fuentes, advertir necesariamente la internacionalidad del problema y, en consecuencia, unificar la interpretación con la de otros árbitros o jueces ante la misma situación”¹⁷.

Durante el tiempo que lleva de vigencia, la CVCIM se viene afianzando como el nuevo Derecho de la compraventa dado que contiene normas formadas por criterios que arrojan luz decisiva sobre numerosas cuestiones generales del Derecho de los contratos. Al ser aplicada de manera continua, ha logrado una jurisprudencia mayoritariamente uniforme y regular que permite resolver eficazmente los problemas que surgen de los contratos internacionales¹⁸.

Además de estos aspectos que son un verdadero plus, la Convención goza de una envidiable ductilidad, aplicándose en países de ordenamientos jurídicos tan variados como los del *common law*, los de derecho continental, los sistemas mixtos y hasta en países donde se aplica el derecho islámico¹⁹.

Ahora bien, a las cuestiones relativas a la formación de los contratos, se suman de forma muy llamativa, las que se refieren a la caracterización de los incumplimientos contractuales o el sistema general de la responsabilidad contractual²⁰, que constituyen el eje en torno al cual gira hoy nuestra mayor preocupación. Señalemos en este breve apartado que nos ubica en la CVCIM, que en Argentina convive con otras fuentes jurídicas y su aplicación no implica un desplazamiento total de la posibilidad de acudir a normas de DIPr provenientes de otras vertientes legales²¹.

(16) GARRO, Alejandro - ZUPPI, Alberto. ob. cit., pp. 21-22.

(17) ZUPPI, Alberto. “Exclusión implícita de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, *LA LEY*2017-D, 771, Cita Online: AR/DOC/1355/2017.

(18) Sobre jurisprudencia generada a partir de la aplicación de la CVCIM a 2016, puede verse: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/clout/CISG_Digest_2016_s.pdf

(19) ZUPPI, Alberto. art. cit. nota 17.

(20) Conf. DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid, 1998, p. 12.

(21) IUD, Carolina. “Contratos internacionales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *elDial.com Contenidos Jurídicos*, Buenos Aires, 2019, p. 151.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que hay algunos aspectos esenciales, como la propia validez del contrato y los vicios de consentimiento, que no son objeto de regulación en la Convención.

Para determinar su ámbito de aplicación, la Convención utiliza ciertos conceptos esenciales tales como: “contrato de compraventa”, “mercaderías”, “establecimiento”, los que para una interpretación correcta requieren destacar el carácter internacional del Convenio, así como la necesidad de promover su aplicación y asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional²².

Así, se aplica a los contratos de compraventa de mercancías concertados entre partes cuyos establecimientos se encuentren en distintos Estados Contratantes o cuando en virtud de las reglas de Derecho internacional privado deba aplicarse la ley de un determinado Estado contratante. La Convención también puede ser aplicable cuando las partes hayan convenido en ello.

En relación con el DIPr y el derecho interno es necesario consignar que la Convención solamente se aplica a las operaciones internacionales. Ahora bien, los contratos internacionales que no queden captados por el ámbito de aplicación de la Convención, así como aquellos en los que las partes hayan convenido en la aplicación de otra ley, no quedan afectados por la misma, así como tampoco, los contratos de compraventa puramente nacionales que continúan rigiéndose por el derecho interno²³.

Diversos aspectos de la CVCIM, que plantean problemas a la hora de su aplicación, dieron lugar a la emisión de Opiniones que resultan de suma utilidad para la interpretación de las normas a las que se refieren.

B. El artículo 79 de la Convención y la Opinión 20

El cumplimiento o ejecución del contrato, implica la exoneración de responsabilidad y el título para reclamar generalmente, el cumplimiento de la otra parte. Ahora bien, las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad constituyen un instrumento clave para el reparto y el control por las partes de los riesgos legales derivados de un negocio y para determinar el incumplimiento.

Dado que los contratos de compraventa internacional de mercaderías quedaron captados entre los afectados en su normal desenvolvimiento en virtud de la declaración de la pandemia, resulta altamente beneficiosa la actitud del Consejo al ofrecer esta opinión que tiene por objetivo contribuir a la interpretación del art. 79. Se trata de una norma que fija el límite de la responsabilidad del deudor por incum-

(22) Ver Art. 7.1. Esta norma está particularmente dirigida a los tribunales, sean arbitrales o judiciales.

(23) Ver https://uncitral.un.org/es/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg

plimiento contractual, instaurando un régimen de exoneración a partir de la idea del “impedimento fuera del control del deudor”, desde que si el incumplimiento tiene su causa en éste y el deudor así lo acredita, se le libera de la responsabilidad por daños²⁴.

a. La norma sobre exoneración

A los fines de facilitar la articulación entre la norma y la Opinión emitida, nos permitimos transcribirla.

“Sección cuarta. Exoneración

Artículo 79

1. Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias.

2. Si la falta de cumplimiento de una de las partes se debe a la falta de cumplimiento de un tercero al que haya encargado la ejecución total o parcial del contrato, esa parte solo quedará exonerada de responsabilidad:

a) Si está exonerada conforme al párrafo precedente, y

b) Si el tercero encargado de la ejecución también estaría exonerado en el caso de que se le aplicaran las disposiciones de este párrafo.

3. La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento.

4. La parte que no haya cumplido sus obligaciones deberá comunicar a la otra parte el impedimento y sus efectos sobre su capacidad para cumplirlas. Si la otra parte no recibiera la comunicación dentro de un plazo razonable después de que la parte no haya cumplido tuviera o debiera haberse tenido conocimiento del impedimento, esta última parte será responsable de los daños y perjuicios causados por esa falta de recepción.

5. Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una u otra de las partes ejercer cualquier derecho distinto del derecho a exigir indemnización de los daños y perjuicios conforme a la presente Convención”.

Mucho se ha escrito sobre dicha regla y no es el caso efectuar un análisis acerca de la misma. Sin embargo, no está de más recordar que se trata de una reelaboración del art. 74 de LUVI²⁵, siendo que la pretensión consistió en superar las críticas de

(24) VIDAL OLIVARES, Álvaro. “Atribución y exoneración de responsabilidad en la compra-venta internacional. Construcción de las reglas a partir del artículo 79 de la Convención de Viena”, *Revista de Derecho*, Vol. XVIII - N° 1 - Julio 2005, pp. 55-88.

(25) El texto del art. 74 LUVI, puede verse en Treaty Series, vol. 834, New York 1977.

esa norma, principalmente relacionadas con la amplitud excesiva de la exoneración al deudor que incumplía el contrato.

De manera recurrente se plantea la posibilidad de aplicar justificaciones del incumplimiento contractual a partir de una modificación de las circunstancias; en esta línea podemos consignar la teoría de la imprevisión, o de la excesiva onerosidad sobreviniente, como señaláramos *supra*. Entre los eventos que pueden dar lugar a la aplicación de este artículo, se citan los hechos extraordinarios ocasionados por fenómenos de la naturaleza, *v.g.* terremotos, huracanes, entre otros, y aquellos que puedan estar vinculados con actos de las autoridades públicas, como las modificaciones normativas que impliquen un obstáculo grave al cumplimiento contractual²⁶.

La jurisprudencia argentina ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación de esta norma. Así, en la sentencia dictada en “Demelfor S.A. c/Caro-gran S.A. s/ordinario”²⁷, el tribunal interviniente señaló que “Bajo la imprecisa denominación de ‘exoneración’, los arts.79 y 80 del texto legal en estudio intentan resolver algunos de los problemas que en los diferentes derechos nacionales son tratados bajo la rúbrica del caso fortuito. La comisión redactora de UNCITRAL encontró inconvenientes para hallar una fórmula que justifique la ‘exoneración’ de responsabilidad, y por ello evitó el uso de cualquiera de las terminologías reconocidas en los ordenamientos locales. Señala el fallo, ilustrando sobre el modo de interpretar este tema citando a Garro - Zuppi, que la jurisprudencia internacional “ha vinculado esta causal de exoneración de responsabilidad con la doctrina de fuerza mayor o caso fortuito”.

En este punto, interesa destacar que doctrinalmente se asumen posiciones diferentes a la hora de analizar el artículo y su alcance. Mientras, por un lado, hay autores que sostienen que la norma no resulta aplicable ya que estas cuestiones no fueron previstas por el Convenio²⁸, otra parte de la doctrina, entiende que dichos institutos se encuentran incluidos en tanto se prueben los extremos previstos por el art. 79²⁹. En este sentido se pronunció la Opinión N° 7 del Consejo Consultivo de la CISG.

El Prof. Alejandro Garro fue relator de dicha Opinión N° 7 sobre Exoneración de responsabilidad por daños bajo el art. 79 de la CISG. (12 de octubre, 2007). Se transcribe lo dispuesto en la parte pertinente:

(26) CALVO, Eduardo, J. “COVID-19 y la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980”, en *Opinión*, 30 de junio de 2020 (Disponible en www.abogados.com.ar).

(27) Sala F de la CNCom, 1-9-2016.

(28) En esta línea, se encuentra MARZORATTI, Osvaldo, J. “El incumplimiento esencial y la exoneración en la compraventa internacional y nacional. Convención de Viena y Código Civil y Comercial único”, *RDCO* 272, p. 675.

(29) GARRO, Alejandro - ZUPPI, Alberto. *La compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 29.

“3.1 Un cambio de circunstancias que no pudiera ser razonablemente previsto, haciendo su cumplimiento excesivamente oneroso (“hardship”), puede calificarse como un “impedimento” de acuerdo con el artículo 79 (1). El tenor literal del artículo 79 no equipara expresamente el término ‘impedimento’ con una circunstancia que haga el cumplimiento absolutamente imposible. Por lo tanto, una parte que se encuentre a sí misma en una situación de ‘hardship’ puede invocarlo como una causa de exoneración de la responsabilidad en aplicación del artículo 79”.

b. La Opinión 20 y algunos Comentarios

Ahora bien, con relación a la Opinión N° 20 ofrecida por la Convención, se desarrollan trece aspectos referidos al funcionamiento de la excesiva onerosidad, a saber³⁰:

“1. Se aplican las siguientes Reglas sobre excesiva onerosidad, a menos que el contrato disponga lo contrario.

2. La Convención rige los casos de excesiva onerosidad.

3. Una parte está obligada a cumplir con sus obligaciones incluso si el cumplimiento se ha vuelto más oneroso, a menos que haya excesiva onerosidad.

4. Hay excesiva onerosidad cuando un cambio de circunstancias fuera del control de una parte hace que el cumplimiento sea excesivamente oneroso, si no se puede esperar razonablemente que esa parte haya tenido en cuenta el cambio o sus consecuencias, o lo haya evitado o superado.

5. La excesiva onerosidad puede surgir cuando el costo del cumplimiento ha aumentado o ha disminuido.

6. La excesiva onerosidad también puede surgir de eventos que ocurrieron antes de la celebración del contrato si las partes no conocían o no podían haber conocido estos eventos.

7. Al evaluar si existe excesiva onerosidad, debe tenerse en cuenta los siguientes factores no exclusivos:

- si el riesgo de un cambio de circunstancias fue asumido por cualquiera de las partes;
- si el contrato es de naturaleza especulativa;
- si y en qué medida ha habido fluctuaciones previas del mercado; la duración del contrato;
- si el vendedor ha obtenido los bienes de su propio proveedor;

(30) Reproduction of this opinion is authorized Michael Bridge, Chair, Yesim Atamer, Eric Bergsten, Joachim Bonell, Sieg Eiselen, Lauro Gama, Alejandro Garro, Roy Goode, John Gotanda, Han Shiyuan, Johnny Herre, Pilar Perales Viscasillas, Ingeborg Schwenzer, Hiroo Sono, Claude Witz - Members. Milena Djordjević, Secretary.

- si alguna de las partes se ha cubierto contra los cambios del mercado.

8. La parte afectada por la excesiva onerosidad debe notificar a la otra de las circunstancias y su efecto sobre su capacidad de cumplimiento.

Si el aviso no es recibido por la otra parte dentro de un tiempo razonable después de que la parte afectada supiera o debería haber sabido de la situación de excesiva onerosidad, es responsable de los daños resultantes de la no recepción.

9. En caso de excesiva onerosidad, nada impide que alguna de las partes ejerza algún derecho que no sea reclamar daños y exigir el cumplimiento de la obligación afectada por la excesiva onerosidad.

10. La exoneración por excesiva onerosidad tiene efecto durante el período por el cual existe la excesiva onerosidad.

11. Según la Convención, las partes no tienen el deber de renegociar el contrato en caso de excesiva onerosidad.

12. Según la Convención, un tribunal ordinario o arbitral no puede adaptar el contrato en caso de excesiva onerosidad.

13. Según la Convención, un tribunal ordinario o arbitral no puede dar por terminado el contrato en caso de excesiva onerosidad”.

Los Comentarios vertidos en la Opinión 20 a continuación de la “*Black Letter Text*”, son múltiples y enriquecedores. Solo referiremos algunos que obran de introducción a la temática.

Así, se remarca que los cambios inesperados de circunstancias pueden constituir uno de los principales problemas que enfrentan las partes en las relaciones comerciales internacionales, especialmente en los contratos a largo plazo y los contratos complejos. Se hace hincapié en el aumento a escala global del comercio, como un fenómeno que incrementa las probabilidades de situaciones imponderables, dada la participación de numerosos actores de distintos países que operan en la producción y adquisición de bienes vinculados a diversos contratos.

Asimismo, se señala que los cambios en las regulaciones políticas y económicas, como también el malestar social y los fenómenos naturales, son algunos de los factores que podrían afectar considerablemente la base misma de las relaciones entre las partes contratantes. Se citan situaciones tales como una pandemia mundial o regional, un terremoto, una inundación, un ataque terrorista, un aumento repentino de los aranceles de importación en uno de los países de producción, que pueden revertir en generar en el productor la necesidad de recurrir a países con costos de producción mucho más altos; las prohibiciones de importación o exportación que pueden obstaculizar el flujo previsto de mercancías, o las fluctuaciones de precios que no eran previsibles en el momento de la celebración del contrato, en tanto pueden ocasionar problemas en el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes, con una excesiva onerosidad para una de ellas y una grave devaluación para la otra.

Se contempla el hecho que, en los ordenamientos jurídicos, el principio *pacta sunt servanda* coloca la carga de los cambios en las condiciones originales de contratación sobre el deudor. Sin embargo, desde el derecho romano clásico, el principio *impossibilium nulla est obligatio*, ha constituido una exención válida para tener en cuenta. Además, bien se recuerda que según la doctrina del derecho canónico de *rebus sic stantibus*, un cambio de circunstancias imprevisible y extraordinario que hace que una obligación contractual sea significativamente gravosa, debe tenerse en cuenta al determinar la responsabilidad.

En los Comentarios se recuerda que, desde los primeros días, la imposibilidad, la fuerza mayor o figuras similares, se han convertido en motivos de exención en todos los sistemas legales. Sin embargo, la cuestión referida a si los simples cambios en las condiciones económicas circundantes, también conocidos como *hardship*, pueden eximir al deudor de responsabilidad por falta de cumplimiento, ha sido un tema muy debatido en varios sistemas legales y en algunos instrumentos de derecho internacional.

A la hora actual, son muchas las jurisdicciones de derecho civil que aceptan la teoría del *hardship*. Lo mismo sucede a nivel internacional, y así se observa tanto en los Principios de UNIDROIT 2016, como en otros ámbitos de *soft law* uniforme, entre los cuales, en los Comentarios, sus autores citan los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos (PLDC)³¹.

(31) En el art. 84 los PLDC prescriben: "(1) Si, después de su celebración, la ejecución del contrato deviene excesivamente onerosa o su utilidad disminuye significativamente, por cambio de circunstancias cuyo acaecimiento o magnitud no pudo razonablemente haberse previsto y cuyo riesgo no fue asumido por la parte afectada, ésta puede solicitar a la otra la renegociación del contrato. (2) La renegociación no suspende la ejecución del contrato, salvo cuando ésta cause perjuicios irreparables para la parte afectada. (3) Si después de un plazo razonable las mismas partes no han adaptado el contrato, cualquiera de ellas puede solicitar al juez que lo adapte o resuelva, quien para hacerlo debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes". Los PLDC consagran la excesiva onerosidad o teoría de la imprevisión en su significado más amplio, comprendiendo aquellos casos que, por un cambio de circunstancias imprevisible, el cumplimiento se hace excesivamente más oneroso, o su utilidad disminuye significativamente. En cuanto a los efectos del "cambio de circunstancias", se adopta la misma solución brindada en el art. 1091 del Código civil y comercial argentino, al imponer a las partes el deber de renegociar el contrato y si ello no se logra, dentro de un plazo razonable o prudencial, se prevé como remedio, la adaptación del contrato por el juez o su resolución. El artículo se destaca en razón de proporcionar criterios objetivos y precisos al juez para el caso que la adaptación judicial sea procedente. Recordemos el precepto en la parte pertinente: "(...) debe tener en cuenta la distribución de riesgos y costos que habían asumido las partes". En lo que concierne a la frustración de la causa del contrato, los Principios, en el artículo 85 (De la frustración de la causa del contrato), expresan: "Que la frustración definitiva de la causa por un cambio de las circunstancias existentes al tiempo de la perfección del contrato, imprevisible y que supera el riesgo asumido por la parte, ésta puede resolver el contrato". En esta hipótesis, el cambio imprevisto de circunstancias hace desaparecer el motivo que determinó la celebración del contrato, justificándose así la procedencia de la resolución del contrato a requerimiento de la parte afectada. La causa constituye la base del negocio y ella desaparece debido a tal cambio imprevisto de circunstancias, justificándose, de este modo, la ineficacia del contrato. Ver: PIZARRO WILSON, Carlos. "Presentación", en *Los Principios latinoamericanos de derecho de los contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales* (I. De la Maza -

Es interesante destacar un párrafo de los Comentarios en cuanto expresa que a la luz del debate generado tanto en la jurisprudencia como en la doctrina sobre la aplicación de la CISG a situaciones de *hardship*, y el amplio catálogo de respuestas que brinda el derecho comparado, la Opinión emitida, proporciona una solución aceptable de acuerdo con las necesidades de la comunidad comercial internacional, de contar con certeza y eficiencia jurídica.

La Opinión proporciona las pautas necesarias para determinar la existencia de *hardship* en el art. 79 de la Convención. También establece las obligaciones de las partes y los recursos disponibles en situaciones de *hardship* de conformidad con el objetivo de la Convención de promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en el comercio internacional. En particular, aclara el Comentario, que las partes no tienen el deber de renegociar el contrato -entiéndase que podrían entonces renegociarlo-, y que un tribunal judicial o arbitral no podrá adaptar el contrato o ponerle fin en caso de *hardship* bajo la CISG³².

2. UNIDROIT y los Principios sobre los contratos comerciales internacionales

UNIDROIT es un organismo internacional de carácter intergubernamental, constituido en 1926, con sede en Roma, que desarrolla una intensa labor en la unificación del derecho privado. Para la realización de sus fines utiliza varias vías, principalmente se vale de la preparación de principios y convenciones.

Este Instituto es sede de elaboración de importantes instrumentos jurídicos; por solo mencionar algunos de los tantos reconocidos en su haber, destaquemos: los Principios de procedimiento civil transnacional, el Convenio sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente, el Convenio sobre financiamiento internacional *Leasing*, entre tantos que fueran elaborados³³.

En esta oportunidad nos interesan los Principios sobre contratos comerciales internacionales (PU) que se reconocen como “la nave insignia” del Instituto (*Flagship*)³⁴. Los estudios preliminares se inician en 1971, cuando el Consejo de Dirección del Instituto para la Unificación de Derecho Privado, aprueba una Decisión por la

C. Pizarro - A. Vidal, Coords. y Eds.) Derecho Privado, BOE, Madrid, 2017, pp. 49-50. Ver en https://boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PR-2017-44

(32) La traducción de la Opinión 20, así como de los párrafos que corresponden a los Comentarios, pertenece a quien suscribe.

(33) Pueden verse en la página del Instituto <https://www.unidroit.org>.

(34) Así se señala en la Nota de la Secretaría de UNIDROIT sobre los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y la crisis de salud COVID-19. Se aclara, conforme lo expresa el documento, que la “Nota no pretende expresar una posición oficial de UNIDROIT sobre el uso o interpretación de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Constituye simplemente, un documento para discusión pública”. Publicación: 15 de julio de 2020.

que se introduce el tema en el Programa de trabajo trianual, y se crea un pequeño Comité para que trabaje en ello.

La decisión surge en una instancia en la que el debate se planteaba entre quienes bregaban por la utilización de usos y prácticas habituales en el comercio internacional, es decir la *lex mercatoria*, y quienes propiciaban el método conflictual clásico³⁵. El Comité integrado por los Profesores René David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu, representantes de la tradición jurídica romanística, del *common law* y de los países socialistas respectivamente, tuvo a su cargo estudiar la viabilidad de elaborar unos principios sobre los contratos comerciales internacionales. Con el tiempo se fue ampliando hasta llegar a conformarse por veinte juristas, en su mayoría profesores universitarios, en la etapa en que bajo la presidencia de Michael J. Bonell se preparó la tercera edición de los PU que aparece en 2010.

Téngase presente que el contenido de los Principios fue ampliándose de manera progresiva desde su aparición en 1994, una segunda edición en 2004, luego 2010, hasta cubrir en su última edición de 2016, toda la parte general del derecho de los contratos.

Con relación a la labor realizada, puede afirmarse que los juristas que trabajaron y compilaron la primera edición de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales fueron “expertos de primer orden en el dominio del derecho de los contratos y del derecho comercial internacional”³⁶. El objetivo era establecer un conjunto equilibrado de reglas destinadas a ser empleadas a nivel mundial, independientemente de las específicas tradiciones jurídicas y condiciones económicas y políticas de los países en que se apliquen, hallándose imbuidos de los recaudos que obran como exigencia en la contratación internacional.

Quienes participaron en la redacción utilizaron como fuente, textos legales nacionales relativamente nuevos e instrumentos legales del derecho internacional, tales como: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, y otros instrumentos preparados por la CNUDMI. También fueron empleadas otras fuentes no legislativas como los INCOTERMS (acrónimo del inglés *International Commercial Terms*); la cláusula de fuerza mayor, y

(35) Conf. BOUZA VIDAL, Nuria. “Ámbito de aplicación de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales en la jurisprudencia española”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas - Thomson Reuters, España, 2020, p. 1041.

(36) *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales. Introducción*, Edit. UNIDROIT, Roma, 2001, p.vii. Ver también: BONELL, Joachim. “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purpose?”, *Uniform Law Review*, 1996/2, NS -Vol. I. Italy, 1996, pp. 229-246.

las sugerencias relativas a las disposiciones sobre *hardship*, preparada por la Cámara de Comercio Internacional (CCI); al igual que los usos comerciales internacionales³⁷.

Los PU pueden considerarse una propuesta doctrinal novedosa y flexible, no vinculante, redactados al modo de los "Restatements" de Estados Unidos de América que, entre sus propósitos, apuntala compatibilizar la *lex mercatoria* y la técnica conflictual. En este sentido, se diferencian del alcance limitado de la *lex mercatoria* al contener una regulación coherente y completa de la parte general del derecho de los contratos³⁸.

Por otra parte, el método utilizado en su redacción es sumamente útil, ya que cada artículo consta de comentarios explicativos y, en muchos casos, ejemplificativos de la situación descripta. Su utilidad es desde las dos vías, la práctica, para su empleo desde una perfecta captación de las situaciones contempladas y la académica, ya que resultan sumamente ilustrativos a la hora de enseñar derecho contractual.

El único modo de aplicar estos Principios a los contratos es cuando las partes así lo han pactado, ya que no están destinados a ser ratificados por los Estados. También pueden resultar de aplicación en los casos en que las partes acuerden que su contrato se rija por la *lex mercatoria*, los principios generales del derecho, o expresiones de este tenor. Se puede acudir también a los PU, para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme o derecho nacional, siendo asimismo un instrumento que puede obrar de modelo a los legisladores nacionales o internacionales a la hora de elaborar o reformar las legislaciones tanto a nivel interno como internacional.

A. La excesiva onerosidad en los Principios UNIDROIT

En los PU, la figura del *hardship* se presenta cuando se produce una alteración fundamental del equilibrio contractual, que tiene origen en eventos sobrevinientes a la celebración del contrato, siendo de tal naturaleza que escapan al control de la parte afectada con dichos eventos. El riesgo no fue asumido por esta parte, creándose así una situación radicalmente diversa a la existente en el momento de celebrar el acuerdo negocial. Esta alteración fundamental del equilibrio se entiende en el sentido de hacer la prestación a cargo de una de las partes excesivamente onerosa, sea porque el valor de ésta se ha incrementado o porque su valor, para la parte que la recibe, ha disminuido de manera notable. Esta figura tiene lugar en razón de las cada vez más complejas relaciones contractuales internacionales, siendo necesario para que se desarrollen satisfactoriamente, la buena fe contractual de las partes obligadas a lo largo de todas las fases del contrato, y una intensa y permanente

(37) BOELE-WOELKI, Katharina. "Principles and Private International Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply them to International Contracts?", *Uniform Law Review - Revue de Droit Uniforme NS* - Vol. I, 1996-4, Italia, 1996, p. 656 y ss.

(38) Ver BOUZA VIDAL, Nuria. ob. cit., p. 1042.

cooperación entre éstas entendiendo el negocio contractual como un objetivo mutuo en el cual convergen los intereses de ambas partes, aunque estos sean divergentes o contrapuestos³⁹.

La figura de excesiva onerosidad se encuentra entre las soluciones que se percibieron como las más adecuadas para las transacciones internacionales, si bien no refleja la solución más aceptada por la mayoría de los sistemas jurídicos estatales ni la más seguida a nivel internacional (*common core approach*).

Ciertamente, se buscó llegar en ciertos casos, a la respuesta que más se ajustaba a las peculiares necesidades del tráfico mercantil internacional aún si ésta no era aceptada o practicada de forma general (*better rule approach*).⁴⁰

La Sección 2 se intitula: “Excesiva onerosidad (Hardship)”, señalando el art. 6.2.2. textualmente, lo que sigue:

“Hay excesiva onerosidad (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

a-Dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;

b-Los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;

c-los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y

d-el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

Las otras normas de los PU que pueden articularse con el artículo mencionado para abordar los contratos con prestaciones pendientes de cumplimiento a partir de la pandemia declarada y las consecuencias sobrevinientes, integran el capítulo 7. Así, el artículo 7.1.1 (definición del incumplimiento) que expresa: “*El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío*”.

Otro importante principio para las actuales circunstancias es el art. 7.1.7 que define la fuerza mayor (*force majeure*) en los siguientes términos:

(39) SCHWENZER, Ingeborg. *Force Majeure, Hardship, and the COVID-19, Pandemia*, 19-8- 2020, CEDEP (<https://www.facebook.com/117555814984464/videos/627861448164811/>).

(40) Entre los ejemplos que se citan para ilustrar la aplicación de este Principio, se mencionan cambios políticos o económicos, desastres naturales como terremotos, inundaciones o guerras civiles. Ver GUTIERREZ DE LARRAURI, Natalia, “La alteración fundamental del equilibrio contractual: base conceptual de la figura del *Hardship* en los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales”, *Revista de Derecho Privado* N° 44, Universidad de Los Andes, julio-diciembre, 2010, pp. 8-9.

“(1) El incumplimiento de una parte se excusa si esa parte prueba que el incumplimiento fue debido a un impedimento ajeno a su control y que, al momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias.

(2) Cuando el impedimento es solo temporal, la excusa tiene efecto durante un período de tiempo que sea razonable en función del impacto del impedimento en el cumplimiento del contrato.

(3) La parte incumplidora debe notificar a la otra parte acerca del impedimento y su impacto en su aptitud para cumplir. Si la notificación no es recibida por la otra parte en un plazo razonable a partir de que la parte incumplidora supo o debió saber del impedimento, esta parte será responsable de indemnizar los daños y perjuicios causados por la falta de recepción.

(4) Nada de lo dispuesto en este artículo impide a una parte ejercitar el derecho a resolver el contrato, suspender su cumplimiento o a reclamar intereses por el dinero debido”.

Se ha dicho que el art. 7.1.7 participa de un concepto débil de imprevisibilidad/inevitabilidad⁴¹. Sin embargo, puede aparecer como un elemento consustancial al contrato y en cuyo caso, el hecho de que tenga lugar o no el acontecimiento aleatorio, no modificará en modo alguno las obligaciones establecidas en el contrato.

En la aplicación de este instituto se evidencia un dilema jurídico de vieja data como es la contraposición de principios e intereses que surgen frente a esta situación; mientras por una parte se reconoce el alcance del *pacta sunt servanda*, desde la otra vereda se erige el equilibrio prestacional y la buena fe contractual⁴². Recordemos que el art. 1.7 expresamente recoge la buena fe en el comercio internacional. Se desplaza así el eje de la relación contractual, de la protección subjetiva de la voluntad a la protección objetiva de la confianza en tanto directriz indispensable para la realización, entre otros, de los principios de superioridad del interés común sobre el particular, de igualdad (en su cara positiva) y de buena fe, en su forma objetiva⁴³.

Las tres funciones del principio de la buena fe contempladas en este artículo son, en primer término, la interpretativa, en segundo lugar la de complementar derechos y deberes no expresados en el contrato o la ley aplicable, lo que es equiva-

(41) Conf. DIEZ-PICAZO, Luis - GUILLON, A. *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 9º ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 201.

(42) Ver DREYZIN DE KLOR, Adriana - VILLEGAS Candela, “¿Qué ley se aplica ante el incumplimiento contractual internacional frente a la Pandemia COVID-19?”, en *Los desafíos del derecho frente a la Pandemia Covid -19. Mirada del Derecho Argentino con aportes del derecho comparado*, Universidad Siglo 21 – Legister.com. (Directores: Altavilla, C. - Villegas, C.), 2020.

(43) MARTINS-COSTA, Judith. “Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, vol. 3, set/ dez 1992, p. 142.

lente a la doctrina de los términos implícitos del *common law*⁴⁴, y la tercera función es derogatoria o restrictiva pues impide que una norma prevista en el contrato o en el derecho aplicable incida sobre la relación en el supuesto en que sus efectos sean contrarios a la buena fe⁴⁵.

En el mismo capítulo 7, hay otros Principios que pueden articularse con los transcritos, a saber: el art. 7.1.4 referido a la subsanación del incumplimiento; el 7.1.5, sobre el período suplementario para el cumplimiento, y el 7.1.6 que se ocupa de las cláusulas de exoneración.

Es dable señalar que los PU, conforme establece el art. 1.4 no restringen “la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado”⁴⁶.

¿Cómo interpretar estos principios en pugna en época de Corona Virus?

(44) En el *common law*, la exoneración de responsabilidad por imposibilidad o fuerza mayor se ampara en la doctrina de los términos implícitos teniendo como *leading case* el asunto “Taylor vs. Caldwell”, resuelto por el Queen’s Bench, en 1863. Ver: SANCHEZ LORENZO, Sixto. *Introducción al Derecho de los contratos internacionales*, Funglode Ed. Santo Domingo, República Dominicana, 2013, p. 124. Se ha sostenido que esta teoría de los términos implícitos ha sido superada en la tradicional aproximación subjetivista del Derecho inglés, siendo sustituida por una teoría de la justicia o equidad razonable. Ver: Cheshire – *Fifot and Furmston’s Law of Contract*, 15ª ed., Oxford University Press, 2006, pp. 724-725. Asimismo, se señala que en el *common law*, la exoneración de responsabilidad por imposibilidad o fuerza mayor que se utiliza, si bien es diferente a como se considera en el derecho romano germánico, llega prácticamente, al mismo resultado por otras teorías, como la de la imposibilidad (*impossibility*), frustración del propósito (*frustration of purpose*) e impracticabilidad (*impracticability*). Ver: DRAETTA, Ugo. “Force Majeure Clauses in International Trade Practice”, *International Bussiness Law Journal*, 1996, p. 548.

(45) Conf. HARTKAMP, Arthur S. “The Concept of Good Faith in the UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 3 Spring 1995, p. 65-66.

(46) Ver: BASEDOW, Jürgen. *El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes*. Trad. Teresa Puig Stoltenberg, Legis, Colombia, 2017, p. 457. En un momento como el que estamos transitando, suelen aparecer en el derecho interno de los Estados, normas coactivas con las que se procura administrar la crisis con medidas de excepción. Estas normas se imponen e interfieren en las relaciones entre particulares, pudiendo modificarlas a partir de entender que están involucrados intereses de orden público. Asimismo, es importante efectuar un particular análisis acerca de las normas de policía del DIPr del juez que interviene, así como las normas de policía del derecho extranjero que deviene aplicable por el funcionamiento de la norma de conflicto de la ley propia, y también de las normas de policía de terceros Estados que deban tenerse en cuenta en el caso concreto. Ver sobre este tema: UZAL, María Elsa. “Impacto del COVID-19 en los contratos internacionales. La relevancia del abordaje del problema desde las normas de policía”, *La Ley*, 2020-D, 6-7-2020.

B. *Los Principios sobre los contratos internacionales UNIDROIT y Covid-19*

En el marco de la pandemia y la grave crisis económica que resulta innegable de cara a las circunstancias, la Secretaría de UNIDROIT viene preparando una serie de documentos orientadores atendiendo al impacto de la COVID-19 en la aplicación de varios de los principales instrumentos de UNIDROIT. El objetivo es ilustrar el modo en que estos documentos guía, pueden resultar de interés a un importante número de actores (*v.g.* legisladores nacionales o internacionales, operadores jurídicos, expertos, etc.) que actualmente afrontan serios desafíos en varias áreas como son la administración de justicia, el derecho, y la economía en general⁴⁷.

Estimamos que la actitud asumida por la Secretaría de UNIDROIT, no pudo ser más oportuna. Particularmente, nos referimos a la publicación efectuada el pasado 15 de julio del año en curso, de una Nota acerca de los Principios sobre los contratos comerciales internacionales y la crisis sanitaria de la COVID-19⁴⁸.

Luego de una suerte de introducción relativa al inicio de la crisis sanitaria y económica que tiene lugar en el mundo a partir de la declaración de la pandemia, el documento hace hincapié en los efectos que la coyuntura genera en las relaciones contractuales.

En este orden de ideas, señala que, en materia de contratos internacionales, existe un riesgo adicional al que se plantea en la contratación nacional, como resultado de una falta de coherencia y coordinación entre las soluciones previstas dentro de los diferentes países. Esta circunstancia es considerada como un obstáculo que influirá en la recuperación económica a medida que la pandemia vaya perdiendo vigor. A partir de este panorama, se puede acudir a los instrumentos jurídicos transnacionales, modernos, que ofrecen soluciones de vanguardia, flexibles y adaptables a las diversas circunstancias imperantes en cada país.

Bajo esta perspectiva se deja en claro que el propósito del documento es ofrecer orientaciones sobre la manera en que los Principios pueden ayudar a resolver los principales problemas contractuales causados por la pandemia y por las medidas adoptadas en consecuencia. Se pretende guiar al lector a través del proceso conduciéndolo a la formulación de preguntas apropiadas así como a considerar los hechos y circunstancias relevantes de cada caso particular. UNIDROIT reconoce que las soluciones variarán de acuerdo con el contexto dispar de la pandemia en cada jurisdicción e, incluso siendo un conjunto de reglas flexibles, no hay una respuesta única para todos los conflictos que vayan a presentarse.

En cuanto al alcance que reconoce el documento, la nota se detiene en señalar que la pandemia puede obstaculizar la ejecución normal de los contratos comerciales

(47) UNIDROIT, C.D. (99) (B.), August 2020.

(48) Se destaca también la celebración de webinarios sobre los PU, como el que tuvo lugar por vía remota, IBA Webinar, "Covid-19 and UPICC Solutions", el 3 de setiembre de 2020.

de numerosas maneras, aunque los problemas más evidentes girarán en torno a la ejecución por al menos, de una de las partes.

La pregunta es si las partes pueden invocar la COVID-19 como causal de exoneración de responsabilidad en caso de no cumplir y en su caso, sobre la base de qué conceptos y en qué condiciones.

Además, agrega que el análisis que se realice, debe también cubrir otra situación, esto es si es posible de llevar a cabo la ejecución de las prestaciones, o si en razón de las circunstancias sobrevenidas, las prestaciones han devenido sensiblemente difíciles o excesivamente onerosas.

El documento diferencia entre las situaciones a nivel nacional e internacional, correspondiendo a este último ámbito, la fuerza mayor y *hardship*.

Teniendo presente la aplicación práctica que han tenido los Principios, el documento emitido en definitiva propone:

- “1. Ayudar a las partes a usar los Principios al implementar e interpretar sus contratos existentes o al redactar otros nuevos en los tiempos de la pandemia y sus consecuencias;
2. Asistir a los tribunales ordinarios y arbitrales, u otros órganos de decisión, en la resolución de disputas que surjan de dichos contratos; y
3. Proporcionar a los legisladores una herramienta para modernizar sus normas de Derecho contractual, cuando sea necesario, o posiblemente incluso para adoptar normas especiales para la situación actual de emergencia”⁴⁹.

3. La Cámara de Comercio Internacional - cláusulas de fuerza mayor y *hardship*

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en Paris, cuya existencia se remonta a casi un siglo atrás (1919), es una organización privada con status de organismo de consulta ante las Naciones Unidas⁵⁰.

En marzo de 2020 aprobó las cláusulas sobre fuerza mayor y *hardship*⁵¹. En cuanto a la primera, reconoce que la fuerza mayor es un concepto que, aunque la mayoría de los sistemas legales conocen, los principios desarrollados en los ordenamientos jurídicos nacionales sobre la figura, pueden mostrar sustanciales diferencias. Para superar este problema, las partes contractuales suelen acordar soluciones autónomas, al incluir en sus contratos cláusulas de fuerza mayor que contienen soluciones que no dependan de las particularidades de las leyes nacionales.

(49) Recogemos el claro resumen de la Nota efectuado por MADRID MARTINEZ, Claudia. Contratación internacional y COVID-19 (<https://cartasblogatorias.com/2020/08/03/contratacion-internacional-y-covid-19/>).

(50) <https://iccwbo.org/about-us/>

(51) Ver <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/icc-clausulas-fuerza-mayor-hardship-marzo-2020.pdf>

Con el propósito de ayudar a las partes a redactar y negociar tales cláusulas, la CCI ha creado dos cláusulas de fuerza mayor equilibradas: la ‘Forma Extensa’ y la ‘Forma Abreviada’.

La cláusula de fuerza mayor de la CCI (Forma Extensa) puede incluirse en el contrato o incorporarse por referencia indicando: “La Cláusula de Fuerza Mayor de la CCI (Forma Extensa) queda incorporada al presente contrato”.

Las partes pueden también utilizar la cláusula como base para redactar una cláusula ‘hecha a medida’ que tenga en cuenta sus necesidades específicas.

Ahora bien, si las partes prefieren una cláusula más breve, podrán incluir en el contrato la “Forma Abreviada” de la cláusula de fuerza mayor de la CCI.

La diferencia entre ambos formularios radica también, en la orientación que ofrece el formulario que incorpora la Forma Extensa, de la que carece el de Forma Abreviada.

En relación a la cuestión acerca de qué constituye fuerza mayor, la cláusula de la CCI pretende lograr un equilibrio entre los requisitos generales de la fuerza mayor que deben cumplirse en todos los casos, y la indicación de hechos presuntamente fuera del control de las partes y no previsibles en el momento de la celebración del contrato.

La definición que comprende de esta figura, proporciona un umbral más bajo para invocar la cláusula que la mera imposibilidad de cumplimiento.

En cuanto a la excesiva onerosidad, aunque los diversos ordenamientos suelen partir de la necesidad de proteger a la parte cuyo cumplimiento se ha hecho excesivamente oneroso, tal protección es brindada de manera muy diferente. Así, tal como reconoce la CCI, “Cuando las leyes nacionales exigen de las partes que renegocien el contrato, y la renegociación fracasa, las consecuencias de ello pueden variar: según algunas leyes, la parte desfavorecida solo tendrá derecho a resolver el contrato, mientras que en otras leyes la parte desfavorecida tendrá el derecho de solicitar a un juez o a un árbitro la adaptación del contrato a las nuevas circunstancias”.

Desde esta perspectiva, con el objetivo de aumentar la seguridad, la CCI ofrece una cláusula modelo que, incorporada en el contrato funcionaría independientemente del Derecho aplicable al contrato. Esta cláusula proporciona dos opciones entre las cuales las partes deben elegir: la adaptación o la resolución del contrato⁵².

(52) Se ha seguido la página: ICC Spain. International Chambers of Commerce. Traducción al español de Ricardo Gené, socio del Estudio Ventura Garcés y López-Ibor Abogados.

4. El Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) y la pandemia

Este Instituto, fundado en 1951, es una asociación científica sin carácter político, dedicada al estudio, desarrollo y promoción del Derecho internacional. Los miembros y asociados del IHLADI son expertos en Derecho internacional que pertenecen a más de veinte países de la comunidad iberoamericana y filipina⁵³.

En sesión del 16 de julio de 2020, adoptó recomendaciones relativas a la frustración de contratos internacionales motivadas en la pandemia COVID-19⁵⁴.

Como punto de partida, el IHLADI considera que la diversidad de soluciones que los diversos sistemas aportan a los casos de fuerza mayor y excesiva onerosidad genera un estado de incertidumbre que se ve agravado por la paralización o congestión de los procedimientos judiciales debido a la propia pandemia.

Consideró que, a efectos de “reforzar la armonización progresiva del Derecho de los contratos internacionales”, recomienda a los Estados, jueces y árbitros tener en cuenta las “pautas, soluciones e interpretaciones contenidas en la Guía sobre el Derecho aplicable a los Contratos internacionales en las Américas del Comité Jurídico interamericano de la OEA”. Recuérdese que este instrumento tiene como objetivo “impulsar aspectos importantes del derecho aplicable a dichos contratos... a fin de promover la armonización regional en la materia y, en consecuencia, estimular la integración económica, el crecimiento y el desarrollo”.

Asimismo, se recomienda fomentar la autonomía de las partes en la elección del Derecho aplicable al contrato, en especial permitiendo el recurso a cuerpos legales no nacionales o de *soft law*, tales como los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios OHADAC⁵⁵ sobre los contratos comerciales internacionales o los Principios Latinoamericanos de Derecho de los contratos.

Por otra parte, se sugiere a las organizaciones internacionales implicadas en el desarrollo y armonización del Derecho de los contratos internacionales, trabajar en la optimización de la compatibilidad entre textos convencionales y de *soft law* y, a tal

(53) <http://ihladi.net/el-instituto/>

(54) Ver en: <http://ihladi.net/wp-content/uploads/2020/07/COVID-19-y-frustraci%C3%B3n-de-contratos-internacionales.pdf>

(55) La OHADAC es la organización para la armonización del derecho mercantil para el Caribe. En su seno se crearon los Principios OHADAC para los contratos comerciales internacionales. Su objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del Derecho mercantil en el marco geográfico que abarca. La armonización constituye un medio esencial para conseguir facilitar e intensificar los intercambios comerciales en ese espacio regional, al tiempo que procurar, a la larga, sumar esfuerzos para reforzar su papel en el marco del mercado mundial, estrechando lazos tanto económicos como políticos entre los países de la región. Ver: <http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>

efecto, seguir en la línea de los trabajos llevados a cabo en la CNUDMI destinados a la elaboración de una Guía Legal relativa a instrumentos jurídicos uniformes en el ámbito de los contratos comerciales internacionales.

El documento de IHLADI efectúa una recomendación a las empresas y operadores económicos, en el sentido de que en los contratos internacionales de larga duración o de ejecución diferida, “deben ponderar la necesidad de incluir en el contrato cláusulas expresas de fuerza mayor, frustración del contrato, excesiva onerosidad y hardship”, las que deben completarse con “cláusulas de mediación, conciliación o arbitraje específicas para los casos de cambio de circunstancias”. A tal efecto, cita tanto los instrumentos elaborados por UNIDROIT como por OHADAC.

El Instituto dirige también, una recomendación especial a los Estados representados en él que no cuentan con una reglamentación particular. En este sentido se sugiere la revisión parcial de las normas generales sobre contratos incluidas en sus cuerpos normativos en materia civil y mercantil, estableciendo una regulación específica de los efectos de las circunstancias sobrevenidas, que produzcan imposibilidad o excesiva onerosidad en el cumplimiento o frustración de la causa o bases negociales del contrato.

Asimismo, se efectúan recomendaciones a las instituciones arbitrales, con el fin de establecer reglas de arbitraje específicas para procedimientos abreviados que den una respuesta a la necesidad de una solución ágil, eficiente y ponderada de resolución o adaptación de contratos y otras relaciones jurídicas afectadas por la COVID-19 y acontecimientos sobrevenidos de alcance similar.

5. Una importante iniciativa

Entre la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el UNIDROIT y la CNUDMI, se lleva a cabo una importante iniciativa en el ámbito contractual internacional que, si bien nada tiene que ver con la COVID-19, seguramente contribuirá en alguna de sus instancias, a brindar respuestas conjuntas a los problemas contractuales internacionales que surgirán a partir de la pandemia. No podemos dejar de mencionar el trabajo que desarrollan, aunque nuestro norte en la presente entrega gira en torno a la contratación internacional y la COVID-19. Sucede que en esta iniciativa intervienen organizaciones internacionales dedicadas a la elaboración de normativa internacional en tareas concomitantes y un mismo ámbito material y espacial.

El trabajo consiste en una Guía Jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales (con énfasis en la compraventa), hecho que resulta altamente significativo teniendo en cuenta sus objetivos.

Bien se conoce que los tres foros de codificación del derecho mencionados llevan mucho tiempo trabajando en textos jurídicos uniformes en aras de avanzar en

la armonización y modernización del derecho de los contratos comerciales⁵⁶, como fuera referido a lo largo de estas páginas, textos que no se limitan a los enunciados, sino que se han elaborado otros documentos independientes y/o complementarios⁵⁷.

A fin de proporcionarles un soporte adecuado para su interpretación y aplicación, las tres organizaciones han creado una serie de herramientas, como son: el sistema de información sobre jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI (CLOUT); la base de datos UNILEX, que recopila, entre otras cosas, la jurisprudencia internacional relativa a los Principios UNIDROIT, y las Cláusulas Modelo para el Uso de los Principios del UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

El objeto de la Guía jurídica sobre instrumentos de derecho uniforme en el ámbito de los contratos comerciales internacionales (con énfasis en la compraventa) es “aclarar la relación existente entre esos textos con miras a promover su aprobación, utilización e interpretación uniforme y, en última instancia, la creación de un entorno jurídico previsible y flexible para las operaciones comerciales transfronterizas sobre la base del principio de la libertad contractual”.

Sin embargo, es importante destacar que no se pretende favorecer ninguna interpretación en particular de los textos uniformes ni ofrecer ninguna interpretación novedosa de ellos.

La Guía nace a partir de una propuesta conjunta⁵⁸, que es resultado de una serie de eventos organizados por la secretaría de la CNUDMI con motivo del 35º aniversario de la CVCIM, y fue aprobada por los órganos rectores de la Conferencia de La Haya, la CNUDMI y el UNIDROIT.

(56) En la Guía se hace referencia a textos legislativos, como tratados y leyes modelo, así como a principios y cláusulas modelo concebidos para que las partes los apliquen en sus contratos.

(57) Así, además de la CVCIM y los PU, cabe citar: los Principios de La Haya sobre la Elección del Derecho Aplicable en materia de Contratos Comerciales Internacionales, en tanto la CNUDMI preparó tratados muy relacionados con la CIM que complementan otros instrumentos de la Comisión que regulan algunas cuestiones específicas, a saber: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, de 2005 y la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1974, enmendada en 1980. La Conferencia de La Haya aprobó en su devenir una serie de tratados que contienen normas sobre elección de la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional, que fueran mencionados en este trabajo antecedentes de la CVCIM: el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Bienes Muebles Corporales (1955), el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación (1978), y el Convenio sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1986).

(58) Propuesta conjunta sobre la cooperación en el ámbito del derecho de los contratos comerciales internacionales (con hincapié en la compraventa) (A/CN.9/892). El texto fue compilado por las respectivas secretarías, con aportaciones de un grupo de cinco expertos de diferentes tradiciones jurídicas y distinto origen geográfico, a saber: Neil Cohen (Estados Unidos de América), Lauro da Gama e Souza Jr. (Brasil), Pilar Perales Viscasillas (España), Hiroo Sono (Japón) y Stefan Vogenauer (Alemania).

El instrumento jurídico se concibe como un documento evolutivo y las tres secretarías se comprometen a mantener en estudio con miras a su revisión periódica⁵⁹.

III. Reflexiones para comenzar...

Uno de los más agudos problemas que se reconoce en el Derecho de los contratos es la excesiva onerosidad o *hardship*, que constituye una situación diferente de los supuestos de imposibilidad, incluida la imposibilidad económica u onerosidad extrema, aunque la determinación de si la onerosidad es excesiva o extrema no deja de ser una cuestión meramente relativa.

El *hardship* hace referencia a acontecimientos o circunstancias sobrevenidas igualmente imprevisibles y ajenas a las partes, si bien no generan una imposibilidad de cumplimiento, sino un desequilibrio económico del contrato que puede conllevar cargas irrazonables para una de las partes⁶⁰.

Se puede advertir que, aunque las circunstancias sobrevenidas tienen la misma configuración en los supuestos de imposibilidad y en los de excesiva onerosidad, la diferencia radica en los efectos que producen sobre la posibilidad de cumplir el contrato y, en consecuencia, sobre los efectos del incumplimiento en la responsabilidad del deudor.

La importancia del *pacta sunt servanda* no se discute, empero, en la práctica, frente a una circunstancia como la que actualmente encuentra sumergida a la humanidad, es menester reconocer que una aplicación rígida es inviable y requiere ser mitigada y flexibilizada.

A partir de la situación por las que hoy atravesamos, un sin número de interrogantes nacen fruto de la “nueva normalidad”, que los jueces y árbitros deberán responder frente a las demandas que se planteen en el ámbito contractual internacional.

Las guías orientadoras y recomendaciones elaboradas a efectos de brindar criterios interpretativos de textos legales, resultan una herramienta sumamente útil y oportuna que generará una jurisprudencia sobre la cual habrá que trabajar en una próxima etapa.

Al margen de las regulaciones existentes, de la innegable importancia de la ley aplicable al contrato y de los instrumentos de armonización internacional, conviene progresar en la ‘autotutela’ comercial, incorporando en los contratos de larga duración, cláusulas específicas de *hardship*, que es el remedio más seguro frente a

(59) Ver: <http://undocs.org/es/A/CN.9/1029>

(60) Ver: SANCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho contractual comparado, Una perspectiva europea y transnacional*, 3ª ed., vol. II, Civitas/Thomson Reuters, Universidad de Granada, España, 2016, p. 735.

la imprevisibilidad, no de los ‘actos de Dios’, sino de la ‘pluralidad de legislaciones del hombre’.

Los juristas, nuevamente se ven obligados a agudizar su ingenio para buscar soluciones a los reclamos que, a no dudarlo, provocarán los hechos actuales en los contratos internacionales, pues se generarán notorios desequilibrios entre las prestaciones intercambiadas.

Habrá que contribuir desde la faz legal a dar claridad a los preceptos, a poner blanco sobre gris, como así también, a buscar soluciones armoniosas cuando se observen interpretaciones disímiles.

¿Cómo proceder? Una de las vías, se concreta en las guías que proponen postulados coherentes ante lo que aparece como insuperable.

Sin embargo, queda mucho por hacer, y muchos interrogantes por responder; los operadores jurídicos y la doctrina, tienen una ardua labor a la vuelta de la esquina, quizás más cerca aún.

Como bien expresara el escritor uruguayo Mario Benedetti, “Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas, de pronto cambiaron todas las preguntas”.

FEDERALISMO Y TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA*

*FEDERALISM AND INTERNATIONAL TREATIES
ON HUMAN RIGHTS IN THE ARGENTINE REPUBLIC*

*Paulina R. Chiacchiera Castro***

Resumen: Cuando se aborda en nuestro país la problemática relativa al federalismo y los tratados internacionales, suele centrarse el análisis en el artículo 124 de la Constitución Nacional, en relación a la facultad de las provincias de celebrar -bajo ciertas condiciones- convenios internacionales. Sin embargo, un aspecto de suma relevancia que merece una mayor profundización, es la tensión existente entre la celebración de tratados internacionales sobre derechos humanos por parte del Gobierno federal y nuestra forma de estado. El objetivo de este trabajo es plantear los contornos de esta temática e indagar acerca de los mecanismos constitucionales existentes y de algunas medidas que se han propuesto a los fines de brindar solución o aliviar los problemas y tensiones derivados de la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos en el marco de nuestra forma de estado federal.

Palabras-clave: Federalismo - Tratados internacionales - Derechos Humanos.

Abstract: When the problems related to federalism and international treaties are approached in our country, the analysis usually focuses

* Trabajo recibido el 16 de febrero de 2021 y aprobado para su publicación el 16 de marzo del mismo año.

** Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba /UNC). Magíster en Partidos Políticos (Centro de Estudios Avanzados, UNC). Magíster en Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo (Universidad Internacional de Andalucía, España). Docente de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UNC). Miembro y Secretaria del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

on article 124 of the National Constitution, in relation to the powers of the provinces to celebrate -under certain conditions- international agreements. However, an aspect of great relevance that deserves further study is the tension between the celebration of international treaties on human rights by the Federal government and our form of state. The objective of this paper is to outline the contours of this issue and inquire about the existing constitutional mechanisms and some measures that have been proposed in order to provide solutions or alleviate the problems and tensions derived from the incorporation of international treaties on human rights within the framework of our federal system.

Keywords: Federalism - International treaties - Human rights.

Sumario: I. Introducción. II. Los contornos de la problemática. III. Mecanismos contemplados en la Constitución Nacional. IV. Medidas propuestas para dar solución o aliviar conflictos y tensiones. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Cuando se aborda en nuestro país la problemática relativa al federalismo y los tratados internacionales, suele centrarse el análisis en el artículo 124 de la Constitución Nacional, en relación a la facultad de las provincias de celebrar -bajo ciertas condiciones- convenios internacionales.

Un aspecto de suma relevancia relacionado con esta temática, que merece una mayor profundización, es la tensión existente entre la celebración de tratados internacionales sobre derechos humanos por parte del Gobierno federal y nuestra forma de estado.

La reforma constitucional de 1994 introdujo profundos cambios en la jerarquía de las normas dentro del ordenamiento jurídico argentino, hasta entonces establecida exclusivamente en el artículo 31 de la Constitución Nacional, entre los que podemos mencionar la recepción de los lineamientos jurisprudenciales anteriormente fijados por la Corte Suprema de Justicia en relación a la prelación de los tratados internacionales sobre las leyes nacionales¹ y la ampliación a través del artículo 75 inciso 22

(1) CSJN, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", Resolución del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492; "Fibracá Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", Resolución del 7 de julio de 1993, Fallos 316:1669, "Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento", Resolución del 22 de diciembre de 1993, Fallos 316:3176 y "Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)", Resolución del 13 de octubre de 1994, Fallos 317:1282.

del llamado “bloque de constitucionalidad federal”, al haberse otorgado jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos y al haberse previsto la posibilidad de que el Congreso se la confiera a otros más.

La celebración e implementación de tratados internacionales genera importantes desafíos en el orden interno para los estados federales², como consecuencia de las implicancias que tiene la asunción de estos compromisos en el orden internacional, lo que ha sido objeto de preocupación y de estudio en el derecho comparado. Sir Kenneth Wheare, señala al respecto: “*Federalism and a spirit foreign policy go ill together*”³. Esta afirmación nos demuestra la complejidad que representa para las federaciones la conducción de las relaciones internacionales⁴, siendo los compromisos en materia de derechos humanos un capítulo importante de estas últimas por la multiplicidad de intereses que se encuentran involucrados y por el impacto que estas decisiones pueden producir en los distintos órdenes de gobierno.

El objetivo de este trabajo es plantear los contornos de esta temática e indagar acerca de los mecanismos constitucionales existentes y de algunas medidas que se han propuesto en nuestro país, a los fines de brindar solución o aliviar los problemas y tensiones derivados de la incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos en el marco de nuestra forma de estado federal.

II. Los contornos de la problemática

Los estados federales presentan ciertas características comunes, entre las que se suelen mencionar la división del poder en el territorio en dos o más órdenes de gobierno que actúan directamente sobre sus ciudadanos, la existencia de una constitución en la cual participan en su reforma los entes territoriales constitutivos de la federación y el reconocimiento de una genuina autonomía a los distintos órdenes de gobierno de la federación, asegurada mediante la distribución constitucional de las respectivas competencias⁵.

La celebración de tratados internacionales por parte del Estado federal argentino (artículos 27, 99 inciso 11 y 75 inciso 22, Constitución Nacional), entre los que

(2) BELL, Koren. “From Laggard to Leader: Canadian Lessons on a Role for U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 5, 2002, p. 255. Disponible en <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=yhrdlj>.

(3) Citado por: OPEKIN, Brian R. y ROTHWELL, Donald R. “The Impact of Treaties on Australian Federalism”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Case Western Reserve University, School of Law, Vol. 27, 1995, p. 1. Disponible en <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2203&context=jil>.

(4) Cfr. OPEKIN, Brian R. y ROTHWELL, Donald R., “The Impact of Treaties on Australian Federalism”, ob. cit., p. 1.

(5) HERNÁNDEZ, Antonio M. *Federalismo y Constitucionalismo provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 15-16.

encontramos aquellos que versan sobre derechos humanos, es un acto complejo que repercute directamente en el ámbito local, ya que genera una obligación de cumplimiento para las entidades subnacionales⁶ (artículos 31 y 75 inciso 22, C.N.), que puede derivar en tensiones entre los distintos niveles de gobierno.

En el derecho comparado suelen mencionarse como ejemplos de este tipo de situaciones de conflicto generadas en el marco de estados federales, el caso “Toonen” de Australia y varios casos vinculados a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares en los Estados Unidos.

El caso “Nicholas Toonen v. Australia”⁷ se generó en virtud de una comunicación presentada ante el Comité de Derechos Humanos por un residente de Tasmania, estado australiano que criminalizaba en su código penal los actos homosexuales entre adultos, con consentimiento y en privado (artículo 122 apartados a) y c), y el artículo 123), por considerar que dicha legislación violaba los derechos de privacidad y de igualdad contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Según alegó el denunciante, era activista por los derechos de la comunidad gay y su vida privada -sobre la cual no podía hablar abiertamente- y su libertad se veían amenazadas por esta legislación. El Comité consideró que se configuraba en el caso una violación del párrafo 1 del artículo 2 y del párrafo 1 del artículo 17 del citado Pacto, lo que generó una fuerte situación de tensión entre el estado de Tasmania, quien se negaba a derogar dicha normativa y el gobierno federal australiano que no apoyaba la legislación local⁸.

En los casos “Breard”, “LaGrand” y “Medellín” se discutieron violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares por parte de autoridades estatales de Virginia, Arizona y Texas, al no haberse informado a los imputados los derechos que les asistían conforme el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de aquel instrumento, en procesos que culminaron con condenas a la pena de muerte de ciudadanos de Paraguay, Alemania y México, respectivamente. Estas situaciones generaron tensiones tanto diplomáticas, como así también entre las autoridades locales y federales, y dieron origen, en los dos últimos casos, a pronunciamientos de la Corte de Justicia Internacional en contra de los Estados Unidos por transgredir dicho tratado⁹. Como advierte Kalb, estos casos son ilustrativos de las complejidades

(6) Esta obligación de cumplimiento recae en las provincias, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y también en los Municipios.

(7) “Nicholas Toonen v. Australia”, Comunicación No. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994).

(8) Cfr. OPESKIN, Brian R. y ROTHWELL, Donald R. “The Impact of Treaties on Australian Federalism”, ob. cit., pp. 49 y ss. El Estado Federal terminó en este caso dictando una legislación que derogaba la norma en conflicto.

(9) Corte Internacional de Justicia, “Case concerning Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)”, Judgment of 31 March 2004 y “LaGrand Case (Germany v. United States of America)”, Judgment of 27 June 2001. Ver comentario más profundo de estos casos en KALB, Johanna. “Dynamic Federalism in Human Rights Treaty Implementation”, *Tulane Law Re-*

multicapa de hacer cumplir los tratados internacionales de derechos humanos en el sistema federal estadounidense¹⁰.

Si analizamos la situación en nuestro país, podemos señalar que esta problemática se ve reflejada claramente en las últimas Observaciones finales sobre los informes de la Argentina elaborados por el Comité de los Derechos del Niño (2018), por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2018), por el Comité de Derechos Humanos (2016), por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2012), por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2017) y por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (2016), en los que, en general: a) se advierte sobre la existencia de deficiencias en la implementación de los convenios y sobre la falta de sanción de normativa reglamentaria a nivel provincial, b) se remarca la desigualdad de cumplimiento de las disposiciones de dichos convenios en las distintas provincias, y c) se recomienda la adopción de medidas por las provincias y por los municipios a los fines de revertir esta situación, sugiriendo la actuación coordinada entre Nación y provincias para lograr estos objetivos.

Si a ello agregamos que varias de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de nuestro país en los últimos años han tenido su origen en violaciones a derechos humanos de fuente local¹¹, es posible concluir que el estudio de esta problemática lejos está de ser una cuestión menor.

Se plantea entonces la necesidad de compatibilizar la estructura federal del estado -con un determinado reparto competencial de fuente constitucional entre Nación y entes subnacionales- y la necesidad de cumplir compromisos internacionales asumidos en materia de derechos humanos, cuya responsabilidad recae en el Estado nacional.

Cabe recordar que, entre los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22, CN), la Convención Americana de Derechos Humanos

view, Vol. 84:1025, New Orleans, pp. 1036-1049. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1633080.

(10) KALB, Johanna. "Dynamic Federalism in Human Rights Treaty Implementation", ob. cit., p. 1048.

(11) Ver al respecto: CHIACCHIERA CASTRO, Paulina. "La República Argentina ante la Corte IDH: Año 2019", *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de junio de 2020, pp. 1-4.

(art. 28¹²), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 50¹³), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 28¹⁴) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 4¹⁵) establecen expresamente que sus disposiciones se aplican a todas las partes componentes del estado federal, lo que coloca a estos últimos en la misma situación que los estados unitarios a pesar de las diferente situación que se encuentran unos y otros a la hora de su cumplimiento.

En el derecho comparado, los estados federales más preocupados por la tensión existente entre federalismo y tratados internacionales sobre derechos humanos, han adoptado históricamente distintas estrategias para evitar incurrir en responsabilidad internacional, entre las que podemos mencionar¹⁶: a) rehusarse a participar o a ratificar tratados internacionales¹⁷, b) recurrir a cláusulas o declaraciones que tienen como finalidad restringir la responsabilidad del estado federal a la hora de ratificar

(12) El artículo 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “Cláusula Federal. 1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”. Esta norma no debe analizarse de manera aislada sino de manera conjunta e integral con todo el texto convencional y, especialmente, con los artículos 1.1 y 2 de la Convención (cfr. DULITISKY, Ariel. “Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI. Disponible en https://revistas.juridicas.unam.mx/public/journals/12/pageHeaderTitleImage_es_AR.jpg). Cabe recordar que el Estado Argentino invocó la cláusula federal o hizo referencia a su estructura federal en el “Caso Garrido y Baigorria” en tres momentos de la controversia, frente a lo cual, entre otras cuestiones, la Corte Interamericana recordó que “(...) según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” (Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26, párr. 46).

(13) Conforme el artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

(14) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone en su artículo 28: “Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

(15) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reza en su artículo 4: “Obligaciones generales (...) 5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones”.

(16) Cfr. PAQUIN, STÉPHANE. “Federalism and Compliance with International Agreements: Belgium and Canada Compared”, *The Hague Journal of Diplomacy*, 5, 2010, p. 180. Disponible en <https://www.stephanepaquin.com/wp-content/uploads/2017/06/HJD-PDF-final.pdf>.

(17) Esta estrategia, por ejemplo, ha sido la seguida, en ciertos casos, por países como Estados Unidos y Canadá.

un tratado¹⁸, y c) crear procedimientos o mecanismos de consulta y participación formales de los estados subnacionales¹⁹.

En el caso de nuestro país, no se trata de una temática que haya recibido a nivel normativo un tratamiento integral, ni tampoco en el orden político observamos que las provincias reclamen enérgicamente para sí asumir un rol de mayor participación en este ámbito, a diferencia de lo que ha acontecido en otras federaciones.

Como veremos a continuación, solo encontramos algunos mecanismos contemplados en la Constitución argentina que son aplicables o algunas medidas propuestas por la doctrina que intentan dar respuesta, en su gran mayoría, solamente a ciertos aspectos puntuales de esta problemática, sin perjuicio de que han existido iniciativas aisladas impulsadas por algunos gobiernos al respecto.

Debe tenerse en cuenta que pueden derivarse situaciones de tensión o de conflicto entre el Estado federal y las entidades locales en prácticamente todas las fases de la dinámica propia de un tratado internacional. Frente a ello, es posible adoptar medidas que apunten a alguno de estos aspectos específicamente, o bien, que intenten brindar soluciones desde una visión más amplia y abarcadora de la cuestión.

(18) En relación al uso de estas cláusulas por parte de Estados Unidos ver: KALB, Johanna. *Dynamic Federalism in Human Rights Treaty Implementation*, ob. cit., pp. 1059-1066; de Australia ver: OPEKIN, Brian R. y ROTHWELL, Donald R. *The Impact of Treaties on Australian Federalism*, ob. cit., pp. 18-19 y de Canadá. Ver: PAQUIN, STÉPHANE. *Federalism and Compliance with International Agreements: Belgium and Canada Compared*, ob. cit., pp. 181-182.

(19) Un ejemplo es el caso de Bélgica que ha optado por una mayor descentralización en la materia, asignándole a los distintos componentes de dicha federación -comunidades y regiones- un rol fundamental en el proceso de elaboración, implementación y aplicación de los tratados internacionales, con mecanismos intergubernamentales institucionalizados, colocándolos como verdaderos actores en el ámbito internacional, con lo que han logrado un alto cumplimiento en el orden interno de los compromisos internacionales asumidos (Cfr. Paquin, Stéphane. *Federalism and Compliance with International Agreements: Belgium and Canada Compared*, ob. cit., pp. 184-197). Esto se encuentra plasmado en la propia Constitución belga que establece en su artículo 167: *“§ 1er. Le Roi dirige les relations internationales, sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion de traités, pour les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci”*. En el caso de Canadá, por ejemplo, el Comité Permanente de Funcionarios de Derechos Humanos (CCOHR) es el principal organismo intergubernamental responsable de la consulta y la colaboración entre los gobiernos de Canadá con respecto a la adhesión y la implementación nacional de los tratados internacionales de derechos humanos y en noviembre de 2020 se llevó a cabo la más reciente reunión por videoconferencia Federal-Provincial-Territorial de Ministros en materia de Derechos Humanos, en la que se discutieron las prioridades clave de los gobiernos en relación con las obligaciones internacionales de derechos humanos de dicho país (cfr. GOVERNMENT OF CANADA. *About human rights*, en <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/about-human-rights.html#a4> y CANADIAN INTERGOVERNMENTAL CONFERENCE SECRETARIAT. *Federal-Provincial-Territorial Videoconference of Ministers Responsible for Human Rights*, disponible en <https://scics.ca/en/product-produit/federal-provincial-territorial-videoconference-of-ministers-responsible-for-human-rights/>).

III. Mecanismos contemplados en la Constitución Nacional

En nuestra Constitución Nacional encontramos dos mecanismos políticos relacionados con la temática. La participación del Senado como una de las Cámaras del Congreso que interviene en la aprobación o no de los tratados internacionales y la intervención federal.

Conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, el Congreso tiene la facultad de aprobar o desechar tratados internacionales. De allí que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de sus representantes en la Cámara de Senadores, participan en el control de los tratados sobre derechos humanos, antes de que el Estado nacional se obligue en el orden internacional.

El fortalecimiento del federalismo argentino, mediante la reasunción por parte del Senado de su rol de órgano de representación y participación provincial²⁰, resulta indispensable en este punto, ya que -en la práctica- no es habitual observar un completo control senatorial en la materia, a pesar que este órgano debería analizar, en profundidad, en esta primera fase previa a su incorporación al ordenamiento jurídico interno, cómo el tratado que se pretende aprobar afecta los intereses y competencias de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las concretas posibilidades de su implementación en el orden local y el tiempo que demandará ajustar su normativa a las exigencias del tratado, entre otras cuestiones de fundamental importancia.

El otro mecanismo es la posibilidad de disponer la intervención federal de un ente subnacional (artículo 6, Constitución Nacional) por incumplimiento grave y reiterado de los derechos contemplados en los tratados internacionales, comprometiéndose la responsabilidad del estado argentino, dado que, en virtud del artículo 5 de la Constitución Nacional dichos derechos y garantías deben ser asegurados por todos los órdenes de gobierno de la federación²¹ y por cuanto el artículo 128 dispone que los Gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes nacionales²². De esta manera, la Ley

(20) ÁBALOS, María Gabriela. "Federalismo político institucional *versus* Federalismo Fiscal a veinticinco años de la reforma constitucional de 1994", *Revista Digital de la AADC*, Nro. 5, 10 de octubre de 2019, p. 46. Disponible en <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/v/>.

(21) Cfr. HERNÁNDEZ, Antonio M. "La cláusula federal del Pacto de San José de Costa Rica y nuestro orden constitucional", p. 2 (Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/clausulaferderaly-PSCC.pdf>) y MANILLI, P. "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia al derecho argentino", en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo - Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La Ciencia del Derecho Constitucional. Estudios en Homenaje a Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, 2008, pp. 535-536 (Disponible en file:///C:/Users/pablo/Downloads/la-ejecucion-de-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-con-especial-referencia-al-derecho-argentino.pdf).

(22) Cfr. HITTERS, Juan Carlos. "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley* 2012-C, p. 1215.

Fundamental prevé un severo mecanismo para resolver los conflictos que puedan derivarse entre la Nación y una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por violación grave y reiterada de derechos contemplados en los tratados internacionales, ya sea en forma previa o posterior a que se genere la responsabilidad internacional del Estado federal.

Finalmente, a estos mecanismos podemos agregar el control de constitucionalidad y de convencionalidad que realizan los Poderes Judiciales, tanto federal como local, con el fin de velar por la adecuación del resto del ordenamiento jurídico a los preceptos de los instrumentos internacionales adoptados, con la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejercite un último control interno a través del recurso extraordinario federal (art. 14, Ley 48), en tanto que el cuestionamiento de la inteligencia y alcance de tratados internacionales implica una cuestión federal²³.

IV. Medidas propuestas para dar solución o aliviar conflictos y tensiones

En cuanto a las medidas que han sido propuestas en nuestro país con el fin de atender a los conflictos y tensiones derivadas de la relación federalismo/tratados internacionales sobre derechos humanos, podemos reunirlos en dos grupos diferenciados. El primero, integrado por aquellas en las que subyace una visión de un federalismo dual y de carácter más centralizado y, las segundas, propias de una noción de federalismo de cooperación y con una mayor descentralización²⁴.

Las medidas del primer grupo parten de la idea de que la solución a esta problemática debe provenir del Estado nacional, quien como sujeto a quien se le ha delegado en la Constitución Nacional el manejo de las relaciones exteriores, tiene la facultad de celebrar tratados internacionales y de controlar y asegurar su cumplimiento por parte de las entidades locales, para honrar de esa manera los compromisos asumidos.

A título de ejemplo de estas propuestas encontramos:

1) La sanción de *leyes marco* con el fin de fijar estándares mínimos de aplicación e interpretación en materia de derechos humanos contemplados en tratados internacionales para todo el país²⁵.

(23) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en casos en los que se cuestionaban garantías del derecho internacional, ha sostenido que "(...) el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional" (CSJN, "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", Resolución del 3 de mayo de 2005, Fallos 328:1146).

(24) Ver las distintas clasificaciones de los sistemas políticos federales en HERNÁNDEZ, Antonio M. *Federalismo y Constitucionalismo provincial*, ob. cit. pp. 16-19.

(25) Ver: DULITISKY, Ariel. "Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", ob. cit.

En esta línea de pensamiento, el Observatorio de Derechos Humanos del Senado de la Nación ha recomendado que, a fin de hacer plenamente efectivo el rol de garante que el Estado Argentino asumió con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos al bloque constitucional, se debería incorporar en toda ley nacional que regule en materia de derechos humanos un artículo de forma que diga: “*Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes, que de ninguna manera podrán limitar o restringir los derechos consagrados en esta*”²⁶.

Se ha advertido que un posible problema con esta alternativa, es que gran cantidad de cuestiones podrían tener que ver con derechos contemplados en los tratados -derechos sociales, garantías en el proceso penal, derechos políticos, etcétera-, en cuyo caso la introducción de los tratados habría supuesto una fuerte transferencia de poder de las provincias -generalmente responsables de crear legislación local implementando los derechos constitucionales- hacia el Estado nacional²⁷.

2) El dictado de una *ley nacional que regule el procedimiento para el cumplimiento de decisiones de organismos y tribunales internacionales en el orden interno, que abarque los casos de violaciones de derechos humanos tanto por parte de autoridades nacionales como locales*²⁸.

(26) OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DEL SENADO DE LA NACIÓN. “Derechos Humanos: orden público y federalismo”, Publicación Nro. 1, 2015, p. 4. Disponible en <https://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/OrdenPublicoYFederalismo.pdf>. El Observatorio plantea como pregunta en dicha recomendación si todas las leyes deben contar con un artículo de forma que invite a las provincias a adherir, o si debe considerarse que algunas son imperativas para las provincias, sin necesidad de su adhesión, debido al asunto legislado, frente a lo cual se inclina por la segunda respuesta. Según explica: “(...) a través de la interpretación armoniosa de estos incisos del artículo 75, y de la jurisprudencia, se infiere el rol de garante que asume el Estado nacional en relación a la vigencia y respeto de los derechos humanos en nuestro país. ¿Cómo se traduce este mandato en acciones concretas del Congreso Nacional? Justamente legislando marcos regulatorios de contenidos mínimos que aseguren a todos los habitantes de la nación iguales derechos. No es posible que un habitante de una provincia que adhiere a una ley nacional tenga garantizado un derecho constitucional, y al mismo tiempo un habitante de otra provincia que no haya adherido a esa misma ley, no tenga garantizado ese mismo derecho” (ob. cit., pp. 2-3).

(27) Cfr. GONZALEZ BERTOMEU, Juan. “Notas sobre federalismo”, en GARGARELLA, Roberto (Coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Cap. XIX, 2° reimp., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, pp. 482-483.

(28) Cfr. FAPPIANO, Oscar I. “La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 147-157, ROUSSET SIRI, Andrés. *Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2018, Anexo A, pp. 559-579) y Cfr. MANILI, Pablo. “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia al derecho argentino”, ob. cit., p. 542.

En la Cámara de Diputados de la Nación se han presentado algunos proyectos de ley a los fines de la regulación el régimen de ejecución y cumplimiento de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los fines de su aplicación en sus respectivos ámbitos²⁹.

3) La inclusión del *trámite de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana como uno de los supuestos de competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (artículo 117, Constitución Nacional). Esta medida ha sido propuesta por Manili, siguiendo un proyecto de Constitución peruano, para el caso de una eventual reforma de la Ley Fundamental federal³⁰.

4) El dictado de una *ley del Congreso que asigne competencia para la ejecución de sentencias dictadas por tribunales internacionales, cuando el órgano que haya intervenido originariamente en la causa fuera un tribunal local, al juez federal con competencia territorial en ese lugar*. La iniciativa se basa en considerar que, cuando el caso ingresó en el sistema internacional, dicha competencia quedó en manos del Estado federal por mandato del artículo 27 de la Constitución Nacional³¹.

5) La *transferencia de las causas a la justicia federal en casos de patrones sistemáticos de impunidad a nivel provincial*, tal como se ha concretado en la Constitución de Brasil (art. 109)³².

6) El otorgamiento de *legitimación activa al Gobierno Nacional y la creación de una causa de acción ante la Corte Suprema de Justicia para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma provincial*³³.

En el segundo grupo de medidas encontramos a aquellas que están inspiradas en una lógica diferente, ya que parten de la noción de que esta tensión puede desaparecer o, al menos, reducirse considerablemente, colocando a los entes subnacionales no como meros destinatarios de esta normativa obligados a su cumplimiento, sino como verdaderos actores de la dinámica de los tratados internacionales sobre derechos humanos en forma conjunta con el Estado nacional, cuya voz debe ser escuchada y tenida en cuenta, lo que actúa como un fuerte incentivo para lograr su cumplimiento en el orden local.

(29) Cfr. Proyectos 055-D-2019 y 3445-D-2017.

(30) Cfr. MANILI, Pablo. "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia al derecho argentino", ob. cit., p. 543.

(31) Ibidem.

(32) Cfr. DULITZKI, Ariel E. "Al gran pueblo argentino salud: derechos federalismo y tratados internacionales", en CLÉRICO, Laura - RONCONI, Liliana - ALDAO, Martín (Coords.), *Tratado de Derecho a la salud*, Tomo II, Capítulo VII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 1694. Disponible en <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2013-al-gran-pueblo-argentino-salud-derechos-federalismo-y-tratados-internacionales/download>.

(33) Ibidem, p. 1695.

Ejemplos de este tipo de medidas son:

1) La celebración de un *tratado interjurisdiccional para regular el cumplimiento de sentencias internacionales*. En tal sentido, Hernández³⁴ entiende que para brindar una solución a estos casos debe dictarse un tratado interprovincial entre el Gobierno federal, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre la cuestión. Según sostiene dicho autor, la regulación de esta materia a través de un tratado interprovincial, en vez de por una ley nacional como proponen otros autores, es más acorde con la naturaleza federal de nuestro Estado y, además, está permitida por el artículo 125 de la Constitución Nacional³⁵.

2) La implementación de *Oficinas especializadas en análisis de convencionalidad*. Según entiende Ábalos, es necesario diseñar vías de comunicación entre los niveles de gobierno nacional, provincial y municipal para difundir las sentencias interamericanas, fijar reglas interpretativas y analizar las pautas de defensa de los derechos humanos. Para ello, sugiere la creación de una Oficina en el ámbito de la Corte Suprema y de los Poderes Judiciales provinciales especializada en el análisis de convencionalidad, que incluiría el estudio análisis, comunicación y difusión del *holding* de cada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones e informes de la Comisión. Con este trabajo coordinado, estima que se garantizara el efecto útil del Pacto y la efectividad del control de convencionalidad por todos los tribunales del país³⁶.

3) La creación de un *mecanismo institucional que facilite el federalismo cooperativo*. Dulitsky³⁷ propone la creación de un mecanismo efectivo que asegure que tanto el Gobierno federal como los provinciales se encuentren en condiciones de garantizar la vigencia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, de carácter permanente, reactivo y propositivo. Según sostiene, este mecanismo debe permitir la búsqueda de soluciones mediante un equilibrio entre el respeto de las autonomías provinciales y el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los internacionales, facilitar la conciliación de los intereses en juego, brindar un marco de intercambio de experiencias exitosas entre las distintas provincias, participar en la elaboración de informes que deben presentarse ante los distintos órganos internacionales de monitoreo, servir de foro para las recomendaciones que se le formulen al país,

(34) HERNÁNDEZ, Antonio M. "La cláusula federal del Pacto de San José de Costa Rica y nuestro orden constitucional", ob. cit., p. 26.

(35) Ibidem.

(36) ÁBALOS, María Gabriela. "Cap. VI. La cláusula federal de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 28) y los poderes provinciales argentinos", en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B (Dir.), *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho interno*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 301-302.

(37) Cfr. DULITZKI, Ariel E., "Al gran pueblo argentino salud: derechos federalismo y tratados internacionales", ob. cit., pp. 1692/1694.

facilitar la coordinación para el cumplimiento de decisiones en casos individuales entre el Gobierno nacional y el provincial, etcétera³⁸.

Del análisis conjunto de estas medidas se observa que la mayoría: a) son propias de una noción de federalismo dual y centralizado, que hace recaer en el Estado federal su adopción a los fines de asegurar el cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, b) atienden a un aspecto puntual de la problemática y no realizan un abordaje integral de la materia, y c) centran su atención en las tensiones y conflictos que surgen luego de la celebración de los tratados, sin prestar atención a las etapas previas. Finalmente, mientras que la concreción de algunas de estas propuestas no sería problemática por ser perfectamente compatibles con nuestro diseño constitucional, la de otras sería discutible o, incluso, podría llegar a requerir previamente una reforma constitucional, tal como admiten sus propios autores.

V. Conclusiones

La celebración e implementación de tratados internacionales sobre derechos humanos genera importantes desafíos para los estados federales, como es el caso de la República Argentina.

Con la reforma de 1994 se ha cerrado el debate acerca de la jerarquía de los tratados internacionales, se ha otorgado jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y se ha previsto la posibilidad de que el Congreso se la otorgue a otros más. Sin embargo, quedan pendientes otras discusiones en la materia, como es la relativa a la necesaria adopción de medidas o mecanismos que permitan dar solución a los problemas y tensiones que se derivan del ejercicio por parte de las autoridades nacionales de su facultad de celebrar tratados internacionales sobre derechos humanos en el marco del estado federal y del traslado de estos avances normativos al orden local.

En este camino, entendemos que el Senado debería profundizar su rol de defensor y custodio de los intereses provinciales al intervenir en el procedimiento de aprobación de los tratados internacionales -sin que ello implique asumir un rol obstruccionista-, como así también que debería impulsarse el estudio de medidas que, sobre todo, busquen otorgar una participación activa a las unidades subnacionales en las distintas fases de la dinámica de los tratados en materia de derechos humanos, a través de mecanismos institucionalizados de carácter permanente como se ha hecho en otras latitudes. Esto fortalecerá el federalismo argentino y creará incentivos para lograr el efectivo cumplimiento de los tratados en el orden local, sin perjuicio de que también pueda debatirse la inclusión de alguna medida que, desde

(38) Ibidem.

el Estado nacional, apunte a este objetivo y pueda brindar una respuesta efectiva a un aspecto puntual de esta problemática.

VI. Bibliografía

ÁBALOS, María Gabriela. “Cap. VI. La cláusula federal de la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 28) y los poderes provinciales argentinos”, en PALACIO DE CAEIRO, Silvia B (Dir.), *Tratados de derechos humanos y su influencia en el derecho interno*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, pp. 265-303.

- “Federalismo político institucional versus Federalismo Fiscal a veinticinco años de la reforma constitucional de 1994”, *Revista Digital de la AADC*, Nro. 5, 10 de octubre de 2019. Disponible en <http://aadconst.org.ar/revistadigital/revista/v/>.

BELL, Koren. “From Laggard to Leader: Canadian Lessons on a Role for U.S. States in Making and Implementing Human Rights Treaties”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 5, 2002, pp. 255-291. Disponible en <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=yhrdlj>.

CANADIAN INTERGOVERNMENTAL CONFERENCE SECRETARIAT. “Federal-Provincial-Territorial Videoconference of Ministers Responsible for Human Rights”. Disponible en <https://scics.ca/en/product-produit/federal-provincial-territorial-videoconference-of-ministers-responsible-for-human-rights/>.

CHIACCHIERA CASTRO, Paulina. “La República Argentina ante la Corte IDH: Año 2019”, *El Derecho*, Buenos Aires, 29 de junio de 2020, pp. 1-4.

DULITZKI, Ariel E. “Al gran pueblo argentino salud: derechos federalismo y tratados internacionales”, en CLÉRICO, Laura - RONCONI, Liliana - ALDAO, Martín (Coords.), *Tratado de Derecho a la salud*, Tomo II, Capítulo VII, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, pp. 1653-1698. Disponible en <https://law.utexas.edu/faculty/publications/2013-al-gran-pueblo-argentino-salud-derechos-federalismo-y-tratados-internacionales/download>.

- “Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI. Disponible en https://revistas.juridicas.unam.mx/public/journals/12/pageHeaderTitleImage_es_AR.jpg

FAPPIANO, Oscar I. “La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales”, en ABREGÚ, Martín - COURTIS, Christian (Comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 147-157.

GONZALEZ BERTOMEU, Juan. “Notas sobre federalismo”, en GARGARELLA, Roberto (Coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I, Cap. XIX, Abeledo Perrot, 2º reimp., Buenos Aires, 2010, pp. 439-485.

GOVERNMENT OF CANADA. "About human rights". Disponible en <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/about-human-rights.html#a4>.

HERNÁNDEZ, Antonio M. *Federalismo y Constitucionalismo provincial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

- "La cláusula federal del Pacto de San José de Costa Rica y nuestro orden constitucional". Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/clausulaferderaly-PSCC.pdf>.

HITTERS, Juan Carlos. "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana", *La Ley* 2012-C, p. 1215.

KALB, Johanna. "Dynamic Federalism in Human Rights Treaty Implementation", *Tulane Law Review*, Vol. 84:1025, New Orleans, pp. 1036-1049. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1633080.

MANILI, P. "La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con especial referencia al derecho argentino", en ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La Ciencia del Derecho Constitucional. Estudios en Homenaje a Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IX Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, 2008, pp. 525-544. Disponible en <file:///C:/Users/pablo/Downloads/la-ejecucion-de-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-con-especial-referencia-al-derecho-argentino.pdf>.

OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS DEL SENADO DE LA NACIÓN. "Derechos Humanos: orden público y federalismo", Publicación Nro. 1, 2015, p. 4. Disponible en <https://www.senado.gov.ar/bundles/senadomicrositios/pdf/observatorio/OrdenPublicoYFederalismo.pdf>.

OPEKIN, Brian R. - ROTHWELL, Donald R. "The Impact of Treaties on Australian Federalism", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Case Western Reserve University, School of Law, Vol. 27, 1995, pp. 1-59. Disponible en <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2203&context=jil>.

PAQUIN, Stéphane. "Federalism and Compliance with International Agreements: Belgium and Canada Compared", *The Hague Journal of Diplomacy*, 5, 2010, p. 173-197. Disponible en <https://www.stephanepaquin.com/wp-content/uploads/2017/06/HJD-PDF-final.pdf>.

ROUSSET SIRI, Andrés. *Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2018.

LA INTERGUBERNAMENTALIDAD EN LA FORMULACIÓN DE LAS POLÍTICAS AMBIENTALES: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA, POLÍTICA E INSTITUCIONAL*

INTERGOVERNMENTALITY IN THE FORMULATION OF ENVIRONMENTAL POLICIES: A LEGAL, POLITICAL AND INSTITUTIONAL APPROACH

*Marta S. Juliá** - Ma. Eugenia Pérez Cubero****

Resumen: El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación PROICO UNSL 15-1020 “Política y Derecho Ambiental” que se desarrolla en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis, donde pretendemos describir y analizar las políticas ambientales nacionales y provinciales en materia de protección de recursos naturales (parques, reservas, áreas protegidas) y los conflictos que se suscitan en su intergubernamentalidad. Para ello abordamos una caracterización general del estado de situación en relación a las nociones de federalismo y distribución de competencias, lo que nos permitirá profundizar sobre el objetivo específico a efectos de observar en las distintas escalas las figuras jurídicas protectorias, haciendo especial hincapié en la provincia de San Luis.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 9 de abril del mismo año.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora Titular efectiva en la asignatura Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. Directora PROICO 15-1020. dramartajulia@gmail.com

*** Doctora en Ciencia Política (CEA-UNC). Becaria posdoctoral CONICET. Prof. Adjunta efectiva en asignatura Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de San Luis. Co-Directora PROICO 15-1020. Dir Centro Interdisciplinario de Investigación y Vinculación en Estudios Ambientales. eugenia.perezcubero@gmail.com

Palabras-clave: Intergubernamentalidad - Federalismo ambiental - Políticas ambientales - Provincia de San Luis.

Abstract: This article is part of the research project PROICO UNSL 15-1020 "Environmental Policy and Law" that is developed in the Faculty of Economic, Legal and Social Sciences of the National University of San Luis, where we intend to describe and analyze environmental policies, national and provincial, in matters of protection of natural resources (parks, reserves, protected areas) and conflicts in their intergovernmentality. To do this, we address a general characterization of the state of affairs in relation to the notions of federalism and distribution of powers, which will allow us to delve into the specific objective in order to observe the protective legal figures at different scales, with special emphasis on the province of San Luis.

Keywords: Intergovernmentality - Environmental federalism - Environmental policies - San Luis province.

Sumario: Introducción. I. La formulación en la CN de la distribución de competencias, el sistema federal, marco de referencia para la intergubernamentalidad. II. Las políticas definidas en la constitución de la provincia de San Luis sobre ambiente y recursos naturales. III. La identificación de la protección de los recursos naturales en la normativa de la provincia de San Luis. IV. El contexto gubernamental provincial, las autoridades de aplicación, los espacios institucionales y la ejecución de las políticas ambientales y de conservación de los recursos naturales. V. La protección de áreas naturales de acuerdo a las normativas vigentes en los distintos niveles de regulación. VI. Reflexiones finales. VII Bibliografía.

Introducción

El presente artículo muestra los avances realizados en nuestro proyecto de investigación PROICO UNSL 15-1020 "Política y Derecho Ambiental" donde abordamos una caracterización general del estado de situación que permita profundizar sobre el objetivo específico que nos hemos planteado: identificar y analizar las políticas ambientales nacionales en materia de protección de recursos naturales (parques, reservas, áreas protegidas) y los conflictos en su intergubernamentalidad.

Para analizar lo intergubernamental debemos observar el sistema jurídico político e institucional de Argentina, con la especificidad del sistema federal de gobierno, donde las relaciones, competencias, atribuciones se manifiestan en los territorios y en las temáticas en estudio.

Realizamos en el artículo aproximaciones a la problemática objeto de trabajo desde los aspectos más generales a los específicos en una sucesión temática extensa y compleja, con muchas aristas que se pueden destacar y que se va ampliar seguramente en el desarrollo de nuestro proyecto de investigación.

En primer lugar, analizamos la formulación de la política ambiental y de los recursos naturales en la Constitución Nacional (en adelante CN), la distribución de competencias y el funcionamiento del sistema federal, marco de referencia necesario para el abordaje integral de la noción conceptual de intergubernamentalidad

En segundo lugar, describimos y analizamos las políticas definidas en la constitución de la provincia de San Luis sobre ambiente y recursos naturales, el alcance que permita observar las atribuciones específicas que se referencian en la temática en la provincia.

En tercer lugar, la identificación de la protección de los recursos naturales en la normativa de la provincia de San Luis.

En cuarto lugar, describimos el contexto gubernamental provincial, las autoridades de aplicación, los espacios institucionales y la ejecución de las políticas ambientales y de conservación de los recursos naturales

En quinto lugar, describimos las modalidades de protección de áreas naturales de acuerdo a las normativas vigentes, en los diferentes ámbitos de protección existentes.

Por último, efectuamos algunas reflexiones finales sobre el desarrollo alcanzado en el trabajo.

I. La formulación en la CN de la distribución de competencias, el sistema federal, marco de referencia para la intergubernamentalidad

Las formulaciones políticas contenidas en nuestras constituciones, en particular en materia ambiental y sobre recursos naturales, nos definen un marco a partir del cual podemos profundizar en el análisis de las relaciones entre la nación y la provincia en distintas problemáticas.

Para analizar lo intergubernamental debemos observar el sistema jurídico político e institucional de Argentina, con la especificidad del sistema federal de gobierno, donde las relaciones, competencias, atribuciones se manifiestan en los territorios y en las temáticas en estudio.

En los principales artículos de la Constitución describimos las competencias, atribuciones, modalidades específicas de las políticas ambientales y de recursos naturales definidas en la Constitución Nacional (en adelante CN), los aspectos destacados por los autores tanto en materia constitucional como ambiental y de recursos naturales que nos permitirá luego comparar con las referencias que realiza la Constitución de la provincia de San Luis sobre el tema.

Una particularidad del sistema jurídico argentino (sistema representativo, republicano y federal en los términos del artículo 1 CN) es la existencia de tres niveles de gobierno, que es el rasgo federal, estos niveles obran como especies de subsistemas que se relacionan entre sí, mantienen jurisdicciones y competencias diferentes y en numerosas situaciones se superponen y son concurrentes.

La asignación de competencias y jurisdicciones es determinante en la Constitución Nacional al profundizar y acotar la estructura normativa del sistema jurídico argentino para el análisis de situaciones concretas, lo que permite conocer a quién le corresponde legislar, a quién gestionar y con qué atribuciones y límites.

En este sentido la Constitución Nacional, según Valls (1992, p. 75), “influye sobre el derecho ambiental cuando fija las bases del derecho argentino, atribuye funciones a los tres poderes y distribuye la competencia entre el gobierno federal y provincial”.

En el orden jurídico argentino no estaba incorporada la temática ambiental de manera específica hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994. Para describir cómo se introduce la temática en la Constitución podemos considerar dos aspectos: un aspecto, es la recepción de la problemática ambiental en relación con los derechos, deberes y garantías de los habitantes y otro aspecto, es la incorporación de lo ambiental en la organización de los poderes del estado.

Nos interesa especialmente lo relativo a la organización del estado, donde la complejidad de la temática se ve claramente en la referencia realizada. En este sentido, se agrega que: “La distribución y concurrencia de competencias constitucionalmente establecidas, en el marco de un Estado Federal donde las provincias detentan el dominio originario de sus recursos naturales y la jurisdicción sobre ellos; la naturaleza del bien colectivo en juego y la indivisibilidad e interdependencia de derechos; su condición de interjurisdiccional (o no) y la necesidad de efectiva afectación en más de una jurisdicción; la construcción del caso; la existencia de cuestión federal, sea por el tipo de violación alegada o la materia; la reafirmación de las potestades locales y su vinculación con el alcance asignado al plexo hermenéutico ambiental, entre otras, son algunas de las razones que nos permiten entender y dimensionar esa complejidad” (Sucunza, 2016).

En este sentido, Esain puntualiza y nos refiere que “(s)i queremos indagar sobre cómo se distribuyen las competencias en un sistema federal, una buena forma de iniciar la investigación será verificar los conceptos de función y materia. Porque el ejercicio de una competencia concurrente se lo puede entender como la asunción por parte de uno o varios entes territoriales de una serie de funciones sobre una materia determinada. Estas funciones son fundamentalmente la función de normar la materia en cuestión, la función de ejecutar lo que previamente ha sido normado y la función de dirimir conflictos que se presenten aplicando las normas generales de esa materia para elaborar normas individuales (en el sentido kelseniano de los términos) sentenciando” (Esain, 2007).

Lo destacado en los aspectos más teóricos de las competencias es necesario considerarlo en las problemáticas y en los territorios, para ello Quiroga Lavié considera que “el federalismo no es sólo una forma de descentralización del poder. Es una variable de articulación y equilibrio entre la centralización y la descentralización del ejercicio político. También el federalismo es una manifestación de la democracia y de la modernización del Estado” (Quiroga Lavié, 2001).

La arquitectura institucional delineada por la reforma de 1994 introduce mandatos cuya implementación involucra a los tres poderes del estado: “la credibilidad del sistema constitucional y el fortalecimiento de la responsabilidad democrática no reposa exclusivamente en las letras de las disposiciones que regulan la materia sino en las respuestas involucradas que a partir de aquellos se instrumenten” (Maqueda, 2017).

Para la comprensión de las competencias de acuerdo a las diferentes funciones (legislar, administrar y judicial) Esain nos presenta una clasificación interesante:

“a. Para la función de legislar se regularon diferentes competencias complementarias, lo que implica la posibilidad de que ambos órdenes -federal y local- legislen sobre la misma materia: “protección del ambiente”.

b. Para la función de administrar el constituyente ha abrevado en un parcelamiento de funciones mucho más complejo aún, combinando diferentes mecanismos y herramientas del federalismo de concertación, desde el prisma de los principios de subsidiariedad, pensar global y actuar local, los que han sido hoy receptados en el artículo 4 de la Ley General de Ambiente a través de los principios de solidaridad, y cooperación.

c. Para la función judicial el constituyente ha seguido el mismo sistema de competencia en razón de la materia que para los códigos de fondo, (artículo 75 inc. 12 CN), el que ha sido completado por el legislador con la adopción del artículo 7 LGA. Esto quiere decir que la competencia respecto a la materia ambiental, por regla general, será de los jueces locales. Esto significa que a pesar de que el origen de las normas de presupuestos mínimos este en el Congreso (y Poder Ejecutivo en caso de reglamentación) nacional, dichos cuerpos de reglas de derecho serán aplicados -junto a las normas complementarias provinciales- por los jueces locales” (Esain, 2012).

En el caso de la constitución nacional en materia ambiental el artículo 41 establece las competencias legislativas por una parte (dictar presupuestos mínimos a la nación y complementar a las provincias). También establece el mandato a las autoridades de proveer a la defensa de este derecho y entre otros aspectos al uso racional de los recursos naturales.

Cuando el art. 41 hace referencia a las competencias en materia ambiental le otorga facultades a la nación y a las provincias de dictar las normas complementarias. Se debe tener en cuenta que las provincias tienen la competencia de regular los recursos naturales ya que son ellas las que tienen el dominio originario de esos

recursos. En este aspecto algunos autores consideran que se vulneran derechos de las provincias al avanzar sobre estas regulaciones.

En cuanto a las provincias, claramente, la atribución derivada del dominio de los recursos naturales que son de las provincias que derivan de lo establecido en el artículo 124 *in fine* y otras atribuciones derivadas del 121 y siguientes.

Una situación que ha sido destacada es la competencia concurrente en el tema, de todos los niveles de gobierno, donde en materia ambiental las reglas más específicas tienen que ver, por una parte, con la interjurisdiccionalidad que habilita la competencia federal y en los casos de provincias y municipios de acuerdo a los marcos de cada jurisdicción.

Como se observa la reforma de 1994 como ordenadora del sistema y esclarecedora de las atribuciones y competencias: “La última reforma constitucional se ha ocupado de ordenar el sistema de distribución de competencias legislativa, administrativa y judicial, abriendo el camino hacia un nuevo “federalismo ambiental”. Sin embargo, el reparto de competencias entre la nación y las provincias es de tal complejidad que las directrices constitucionales sobre la materia resultan muchas veces insuficientes a la hora de resolver los inconvenientes que se presentan y que constituyen debates constantes en nuestra organización federal” (Gago, 2016).

Acerca de la interpretación de nuestra constitución se destaca que “(a) partir de allí, el artículo 124 *in fine* de nuestra carta magna deberá leerse conjuntamente con otras disposiciones de igual jerarquía, y en cuanto a la materia de regulación del medio ambiente, deberá interpretarse armónicamente con el tercer párrafo del artículo 41 de la Constitución reformada que al establecer la distribución de competencias legislativas ambientales atribuye jurisdicción sobre los recursos naturales a autoridades distintas de las provinciales. De acuerdo con estas ideas, la problemática ambiental en el marco del desarrollo sustentable necesita de una buena articulación entre los distintos niveles de gobierno si se pretende legislar y ejecutar una normativa ambiental eficiente” (Gago, 2016).

El artículo 124 *in fine*, incorporado en la reforma de 1994, reivindica el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, de modo que según Rosatti para interpretar la cláusula señalada, en materia de recursos naturales se debe desdoblar la titularidad del dominio y el ejercicio de la jurisdicción. No cabe duda de la propia lectura del artículo que el dominio es provincial lo que “no invalida la jurisdicción nacional por razones de planificación y como garantía del uso racional de los recursos y de la sustentabilidad ambiental” (Rosatti, 2004). Sostiene el autor que la lógica territorial del federalismo y la lógica territorial de la protección ambiental no son las mismas, si bien en el sistema jurídico argentino ostenta similar y pareja importancia, razón por lo cual no puede pensarse “subsumir” una dentro de la otra. “Es necesario entonces emprender la tarea de la “compatibilización”, que no es tarea natural (...) sino predominantemente cultural” (Rosatti, 2004).

Por su parte según Falbo, “el artículo 41 CN ha renovado solamente en materia de distribución de competencias ambientales legislativas entre la Nación y la provincia (...). De tal forma la competencia judicial y administrativa se mantiene como en el sistema anterior a la reforma constitucional de 1994, donde la regla es la competencia local” (Falbo, 2009).

Según Fernández Trillo “(p)ara coordinarse, en el marco del federalismo ambiental argentino en el escenario previo a la reforma de 1994, se constituyó en 1993 el Consejo Federal del medio Ambiente (COFEMA) y se firmó un Pacto Federal Ambiental. A estos se adhirieron todas las provincias. El objetivo final fue el de formular una política ambiental integral, con una coordinación de estrategias y programas de gestión ambiental regional y nacional, así como la formulación armónica de utilización de los recursos naturales, sobre todo en cuanto al desarrollo económico se refiere” (Fernández Trillo, 2015).

Marchiaro sostiene que la forma en que quedó redactado el artículo 41 “permite avanzar de la concurrencia hacia la concertación, pero ello, por sí solo, no asegura el cambio de cultura jurídica y mucho menos la gestión ambiental como tal, la que requiere precisamente operadores jurídicos con un enfoque relacional, concertador, incluso interdisciplinario en ciertos temas (...). En el fondo, lo que el derecho ambiental y su cruce con el federalismo viene a provocar es una “crisis de paradigma” (Marchiaro, 2011).

Una descripción muy acertada establece que “El ambiente es un título de competencia multidisciplinar y expansivo que produce concurrencia <entre Nación-provincias-municipios> (...) Es necesario articular las competencias ambientales desde los principios de solidaridad y subsidiariedad que sustentan al Estado federal de base municipal y las relaciones de participación, colaboración, cooperación, coordinación y auxilio. A través de estos principios es posible configurar mecanismos, órganos y procedimientos que garanticen la protección y la preservación del medio ambiente dentro de un sistema federal cooperativo con tres niveles territoriales de decisión política” (Díaz Ricci y De la Vega, 2009).

Hemos dicho (Nonna; Waitzman y Dentone, 2011: 191) que es necesario moverse dentro de las bases del concepto que Frías dio en llamar “federalismo de concertación”, para el diseño de un sistema adecuado de distribución eficaz de competencias ambientales. A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha venido configurando esta moderna técnica de llevar adelante el federalismo como “(...) una relación participativa de los niveles de gobierno, central y provinciales, que deje de lado la confrontación, dando lugar a la programación interjurisdiccional de áreas temáticas que afectan a distintas unidades territoriales o niveles gubernamentales” (Frías, 1994: 1122-1126), (Nonna, 2017).

El federalismo argentino es el fruto de una construcción agonal del modelo posible, con el deslinde de competencias entre las provincias, que preexisten a la Nación y se reservan ciertas atribuciones no delegadas, y la federación, que debe

armonizar la diversidad de intereses en procura del bien común. La trayectoria de esa construcción es azarosa, lo que se refleja en la regulación ambiental con debates sobre el alcance del mandato del artículo 41 de la Constitución Nacional (Gabay, 2018).

Nos planteamos que este paradigma de solidaridad, autogobierno, complementación y subsidiariedad no disuelve las tensiones Nación-provincias, pero brinda un nuevo marco para repensar el desarrollo nacional y regional. Es en este contexto que corresponde analizar la distribución de competencia entre los Estados nacional y provinciales en materia de regulación de los recursos naturales y el ambiente.

De alguna manera el federalismo es una construcción artesanal, continua y siempre inconclusa, muy cambiante, muy dinámica (Giudica, 2007). Se plantean tres posturas en materia de competencias: a) la competencia es de la nación y es de las provincias, es indistinta y conjunta, b) hay una parte sustantiva y otra adjetiva, la sustantiva es de la nación, la adjetiva procedimental de la provincia y c) hay pluralidad, son competentes nación y provincia, mínimo y máximo (Giudica, 2007).

Todas las referencias hasta aquí presentadas nos plantean la diversidad de conceptualizaciones, así como de situaciones posibles y la modalidad en que vamos a observar la intergubernamentalidad, que aspectos debemos tener en cuenta en los análisis de la protección de los recursos naturales y del ambiente en general.

II. Las políticas definidas en la constitución de la provincia de San Luis sobre ambiente y recursos naturales

El sistema federal nos desafía en el análisis para observar las competencias en la temática, las concurrencias, las atribuciones que se definen de tal manera que se fijan criterios a la hora de la protección de los territorios y la modalidad en que pueden realizarse.

Al respecto la Constitución de la Provincia de San Luis que data de 1987, anterior a la reforma constitucional, coincidente con las incorporaciones de la problemática ambiental en la mayor cantidad de provincias de nuestro país en esa década, prevé desde su preámbulo la materialización de la incorporación de la dimensión ambiental en la estructura de su gobierno, así como el reforzamiento del federalismo y el reconocimiento del orden municipal:

“(...) proteger la familia, la salud, el medio ambiente, y los recursos naturales (...) afianzamiento del federalismo, la integración regional y latinoamericana; instituir un adecuado régimen municipal; organizar el Estado Provincial bajo el sistema representativo republicano de acuerdo a la Constitución Nacional, en una democracia participativa y pluralista (...)”.

El afianzamiento del federalismo como parte del preámbulo nos muestra el carácter integracionista de la provincia y la incorporación de la idea de participación, y pluralidad que explicita la constitución.

En cuanto a la incorporación expresa del medio ambiente y la calidad de vida en su articulado, el artículo 47 de la Constitución Provincial (en adelante CP) establece el derecho a un ambiente sano de los habitantes, define las competencias, atribuciones y obligaciones provinciales en la temática específica:

“Los habitantes tienen derecho a un ambiente humano de vida salubre y ecológicamente equilibrado y, el deber de conservarlo. Corresponde al Estado Provincial prevenir y controlar la contaminación y sus efectos y las formas perjudiciales de erosión; ordenar el espacio territorial de forma tal que resulten paisajes biológicamente equilibrados. Crear y desarrollar reservas y parques naturales, así como clasificar y proteger paisajes, lugares y especies animales y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico (...). El Estado debe promover la mejora progresiva de la calidad de vida de todos los habitantes de la Provincia”.

En este aspecto nos interesa destacar la atribución de crear y desarrollar áreas para proteger ambientes donde incluye paisaje, lugares, especies y valores culturales de interés histórico o artístico haciendo referencia a un concepto amplio de lo que involucra la preservación de un área determinada.

Por su parte, el artículo 68¹ de la CP dispone que el paisaje natural en su marco ecológico, entre otros, forman parte del acervo cultural de la Provincia, que el Estado debe tutelar, defender, asegurar y conservar.

En el concepto que incorpora la CP podemos afirmar que utiliza un concepto amplio de ambiente teniendo en cuenta el tiempo en que se realiza la reforma. En este concepto incluye procesos como la erosión, además de la contaminación, conceptualiza un derecho deber con relación al ambiente. Incorpora el paisaje y los valores históricos y artísticos que le dan una visión especial (Perez Cubero, 2020). Ello, más aún, si se tiene en cuenta que la noción de paisaje como tal, en tanto categoría jurídica de protección, es recién incorporada en nuestro sistema jurídico nacional con la reforma del Código Civil y Comercial en 2015², donde se establece

(1) ARTÍCULO 68 Constitución Provincial San Luis. PATRIMONIO CULTURAL. *“Las riquezas pre-históricas, históricas, artísticas y documentales, así como el paisaje natural en su marco ecológico, forman parte del acervo cultural de la Provincia que el Estado debe tutelar, pudiendo decretar las expropiaciones necesarias para su defensa y prohibir la exportación o enajenación de las mismas, asegurando su custodia y conservación de conformidad a las disposiciones vigentes”.*

(2) ARTICULO 240 Código Civil y Comercial. LÍMITES AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES SOBRE LOS BIENES. *“El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.*

que el ejercicio de los derechos individuales sobre bienes propios debe ser armónico con los derechos de incidencia colectiva.

En el artículo 88³ los constituyentes provinciales reafirman y reivindicán, lo establecido en el artículo 124 *in fine* de la CN con respecto al dominio originario de los recursos naturales que se encuentren en su territorio y agregan las características del dominio pleno, imprescriptible e inalienable, sobre todas las sustancias minerales, hidrocarburíferas, fuentes naturales de energía o de cualquier otra naturaleza, así como también reivindicán el dominio provincial del patrimonio acuífero de la provincia, declarándolo de interés público.

En este artículo al referirse al dominio pleno sobre los recursos y las formas de aprovechamiento, incluso en el caso de algunos recursos como el agua, estipulan que son de interés público y que forman parte de su patrimonio provincial, expresando una reivindicación integral por parte de la provincia. Plantea también la posibilidad de aprovechamiento estableciendo convenios con nación u otras provincias. Podemos señalar que este artículo es clave a la hora de establecer las competencias y considerar la protección y preservación de los recursos.

Por su parte el Capítulo XXVI prevé el Régimen Municipal, definiendo al mismo en el artículo 247 CP como: “[...] una comunidad natural con vida propia e intereses específicos, con necesarias relaciones de vecindad. Como consecuencia de ello es una institución política-administrativa-territorial, que sobre una base de capacidad económica, para satisfacer los fines de un gobierno propio, se organiza independientemente dentro del Estado, para el ejercicio de sus funciones, que realiza de conformidad a esta Constitución y a las normas que en su consecuencia se dicten”.

Continúa el artículo 248 CP reconociendo, conforme lo establece la CN, la autonomía política, administrativa y financiera a todos los municipios de la Provincia, otorgando también a aquellos que dicten su carta orgánica municipal, la autonomía institucional.

Determina como atribuciones y deberes del Concejo Deliberante (artículo 258 CP), dictar ordenanzas y reglamentos sobre (a efectos de los fines del presente

(3) ARTÍCULO 88 Constitución Provincial San Luis. DOMINIO DE RECURSOS NATURALES. *“La Provincia tiene la plenitud del dominio imprescriptible e inalienable sobre todas las sustancias minerales, sin excluir hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, las fuentes naturales de energía hidráulica, geotérmicas, o de cualquier otra naturaleza que se encuentren dentro de su territorio. Su aprovechamiento puede realizarlo por sí o por convenios con la Nación, con otras provincias o con terceros, nacionales o internacionales, para su prospección, exploración y/o explotación, como también su industrialización, distribución y comercialización fijando de común acuerdo el monto de las regalías o retribuciones a percibir. El Estado Nacional no puede disponer sobre estos recursos de la Provincia sin el previo acuerdo de ésta, expresado por ley. Se declara de interés público general el patrimonio acuífero de la Provincia, reivindicándose su dominio dentro de su territorio, siendo incuestionables sus derechos sobre los ríos interprovinciales y límites. El Estado debe procurar el aprovechamiento integral y el uso racional del agua, respetando las prioridades que derivan de las necesidades de la población y su desarrollo agro-industrial y minero. Todo lo referido al uso de las aguas públicas superficiales o subterráneas, está a cargo del Estado Provincial en la forma que determine la ley”.*

artículo traemos a colación los incisos pertinentes): Inc. 1) Salubridad y moralidad públicas, sin perjuicio del ejercicio de las facultades concurrentes de la Nación y de la Provincia, cuando exista un interés provincial y/o nacional comprometido; Inc. 3) Urbanismo, seguridad, recreos y espectáculos públicos; Inc. 17) Conservación del patrimonio arquitectónico local, medio ambiente y recursos naturales.

El artículo 249 CP establece la organización del régimen municipal: “El régimen municipal se organiza teniendo en cuenta el número de habitantes dentro del ejido de cada población permanente, determinado por ley en base a los censos nacionales, provinciales o municipales”. En los artículos siguientes distingue en categorías de municipios en función del número de habitantes que determina cada tipología. El artículo 250 CP establece: “El gobierno municipal en las poblaciones permanentes que cuentan entre 801 y 1500 habitantes es ejercido por una Comisión Municipal integrada por un presidente y un consejo de vecinos compuesto por tres (3) miembros, elegidos, por el pueblo en sufragio universal, asegurándose en este último la representación de las minorías”. El artículo 251 CP dispone la institución que gestiona en centros urbanos de menos de 800 habitantes, en cuyo caso “[...] el gobierno municipal es ejercido por un intendente comisionado elegido por el pueblo a simple pluralidad de sufragios. En forma conjunta se elige un intendente comisionado suplente, quien lo reemplaza en caso de vacancia definitiva del mismo”. Se extrae de la lectura de estos artículos, retomando lo tratado *supra* sobre el reconocimiento de la autonomía municipal, el alcance y significado que se le otorga, de donde se ha podido establecer que la provincia de San Luis reconoce en su Carta provincial una idea de autonomía municipal plena.

Establece que toda población permanente que cuente con más de 1.500 habitantes, tiene una municipalidad (artículo 256). A su vez las municipalidades que cuentan con un número de habitantes mayor de 25.000, pueden dictar su propia carta orgánica municipal, asegurando las siguientes condiciones básicas: 1) Los principios del régimen democrático, representativo y participativo; 2) La existencia de un departamento ejecutivo unipersonal y un concejo deliberante; 3) Un régimen de elección directa con un sistema que asegure la representación de las minorías; 4) Un sistema de control de legalidad del gasto; 5) El procedimiento para su reforma (artículo 254). La novedad que trae la CP, en cuanto a las competencias y atribuciones municipales, es que ellas se encuentran específica y expresamente delimitadas en cada uno de los órganos del gobierno municipal, ejecutivo y deliberativo.

Los municipios también tienen competencias en temáticas ambientales y de recursos naturales en sus territorios por lo cual van a compartir y concurrir en sus atribuciones y funciones con la provincia en algunas situaciones de protección.

Estas referencias en cada constitución nos ayudan a considerar cuáles son las competencias, las áreas de interacción y de interfaces entre nación-provincia, las de provincia-municipios y, específicamente en los territorios, la implementación de las garantías de protección que establecen las normas constitucionales. Todo

ello permite un reconocimiento claro de los derechos y deberes de los ciudadanos, el rol de las áreas gubernamentales, las obligaciones y mandatos, y abre vías para acceder a las instancias administrativas y judiciales en reclamos para una mayor protección o ante el deterioro o afectación de las áreas protegidas.

III. La identificación de la protección de los recursos naturales en la normativa de la provincia de San Luis

En el presente apartado nos proponemos observar y describir la protección de los recursos naturales en la provincia y detectar las referencias generales que realizan, las temáticas involucradas y los mecanismos que se utilizan buscando efectuar una caracterización general sobre la temática en cuestión.

El marco normativo de la provincia de San Luis es amplio en materia ambiental y en sus referencias sobre los recursos naturales, en la aproximación del presente artículo nos proponemos, a partir de los relevamientos realizados, sistematizar las temáticas objeto de regulación en los aspectos vinculados a presupuestos mínimos, las normas que adhieren a leyes especiales nacionales sobre recursos naturales y las regulaciones puntuales de la provincia sobre temas asociados.

Todos los temas específicos que se han incorporado a nivel nacional, mediante los presupuestos mínimos, influyen e impactan en las políticas de las provincias, dado que se trata de normas de aplicación obligatoria en las jurisdicciones provinciales y que además tal como lo adelantáramos, tienen una competencia concurrente con la posibilidad de dictar sus propias normas complementarias delineando así la política ambiental, dado que son las dueñas originarias de los recursos naturales.

Podemos observar cómo a partir del año 2003 en adelante comienza a expresarse en la realidad normativa de la provincia de San Luis la formulación de políticas ambientales de acuerdo a los temas de la agenda que se han establecido por un lado en las leyes especiales y por otro en las leyes de presupuestos mínimos.

Así, por un lado, la provincia adhiere a algunas leyes especiales nacionales como las leyes de fomento forestal, de protección y conservación de suelos, de fauna, de preservación del aire, de residuos peligrosos, y de fomento para el uso de fuentes renovables de energía destinadas a la producción de energía eléctrica. Esto implica una decisión política de tomar las regulaciones nacionales para aplicarlas en su territorio provincial, lo cual en muchos casos trae inconvenientes de adaptación e implementación en los procesos jurídicos administrativos.

Por otro lado, la provincia construye su política ambiental en materia de gestión de las áreas reguladas por los pisos mínimos de las leyes de presupuestos de protección ambiental. En este orden se encuentran las leyes sobre agua, que contemplan los comités de cuencas como unidades de gestión del recurso; el ordenamiento ambiental de los bosques nativos cumpliendo de este modo con una de las exigencias que impuso la ley 26631; el procedimiento de evaluación de impacto ambiental; la

gestión de los residuos sólidos urbanos; y el acceso a la información pública ambiental. A continuación, podemos observar en el gráfico las temáticas señaladas ut supra identificando la gestión de gobierno en la cual se sanciona la norma.

CUADRO N° 1: SISTEMATIZACIÓN JURÍDICO-NORMATIVA DE SAN LUIS

TEMÁTICAS	AÑOS	GESTIONES DE GOBIERNO
Ley N° VI-0159-2004. Código de Aguas de la Provincia de San Luis	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° 0172-2004 Adhesión al Acta Constitutiva del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA). Ratifica el Pacto federal Ambiental	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° VIII-0249-2004 Adhesión a la Ley Nacional N° 25.080 de fomento forestal	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0309-2004 sobre áreas naturales protegidas	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0312-2004 Declaración de la Provincia como Zona No Nuclear	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0315-2004 Adhesión a la Ley Nacional N° 22.428 Protección y Conservación de Suelos	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0317-2004 sobre Conservación de fauna. Caza y pesca	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0318-2004 Régimen de protección del arbolado público provincial	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0319-2004 Actividad forestal	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0320-2004 Fabricación, fraccionamiento, formulación, almacenamiento, transporte, comercialización, utilización y aplicación de agroquímicos	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0322-2004 Cotos de caza	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0326-2004 Gases de combustión del tabaco. Contaminación del medio ambiente	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0327-2004 Ley de conservación de hierbas medicinales y/o aromáticas	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá

Ley N° IX-0328-2004 sobre incendios rurales y forestales. Plan Provincial de Lucha Contra Incendios	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0334-2004 Adhesión a la Ley Nacional N° 20.284. Preservación del Aire	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0335-2004 Adhesión a la Ley Nacional N° 24.051 de Residuos Peligrosos	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0895-2004 Plan Maestro de Minería 2014/2020.	2003-2007	Alberto Rodríguez Saá
Ley IX 0634-2008 Preservación y Restauración Ambiental del Sector Minero	2007-2011	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° I-0648-2008 Plan Estratégico de visión inteligente territorial y ambiental	2007-2011	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0697-2009 de Ordenamiento Ambiental de bosques nativos de la Provincia	2007-2011	Alberto Rodríguez Saá
Ley IX-0749-2010 Tratado de Paz entre Progreso y Medio Ambiente. Estrategia 2010-2020	2007-2011	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° VIII-0737-2010 Adhesión a la Ley Nacional N° 26.190 fomento nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica.	2007-2011	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0821-2012 “Plan Estratégico de Energía 2012-2025 - Provincia de San Luis”	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX-0841-2013 Plan Maestro del Agua 2012-2025	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX-0851-2013 Acceso y registro de recursos genéticos y bioquímicos de la diversidad biológica provincial	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX-0852-2013 Ampliación del Sistema de Áreas Naturales Protegidas de la Provincia	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX-0873-2013 de gestión integral de residuos sólidos urbanos	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX-0876-2013 Evaluación de Impacto Ambiental (EIA)	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX-0881-2013 Gestión sustentable de los Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos	2011-2015	Claudio Poggi

Ley N° 0921-2014 Promoción y Desarrollo de Energía Renovable	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° V-0924-2015 Régimen de Acceso a la Información Pública en la Provincia de San Luis	2011-2015	Claudio Poggi
Ley N° IX- 0939-2016 Emergencia Publica en Materia Ambiental en el Ámbito de la Cuenca el Morro y su Área de Influencia.	2015-2019	Alberto Rodríguez Saá
Ley N° IX-0957-2016 Sistema de Prevención, Erradicación y Lucha Contra factores de Riesgo Sanitarios y Medioambientales.	2015-2019	Alberto Rodríguez Saá

Pérez Cubero, M. E (2020)

Una particularidad de la provincia de San Luis es su organización legislativa, la que se realiza en el año 2003, cuando -mediante ley N° 5382- se dispone una revisión de la totalidad de la legislación vigente en la provincia, lo que implica una revisión de lo existente y mantener la vigencia de las normativas en uso. El artículo 5 preveía que todas las normas que sean ratificadas más aquellas que sean sancionadas durante ese mismo período, debían reordenarse en su numeración y ser reagrupadas temáticamente en un Digesto. Como consecuencia de este reordenamiento normativo se ubicó bajo el número arábigo IX el título de “Recursos Naturales, Ecología y Medio Ambiente”. A diferencia del número II que se titula “Educación, Cultura, Ciencia y Técnica” donde se ubicada lo relativo a patrimonio cultural. La creación del digesto normativo es un signo del orden y la sistematización del marco normativo vigente en la provincia, donde en la temática ambiental permite identificar lo nuevo y lo viejo que configura el entramado de la regulación en la materia.

En lo que respecta al ámbito normativo de la Provincia, si bien posee un amplio desarrollo legislativo e institucional de la temática, no se detecta una ley general del ambiente que complemente la ley nacional N° 25675, y ello se mantiene desde la gestión 2007-2011.

Pese a ello, es de destacar la Ley IX-0749-2010 Tratado de Paz entre Progreso y Medio Ambiente que aprueba el Plan Maestro Ambiental donde se prevé una planificación estratégica de la política ambiental para el período 2010-2020. En el decálogo de principios señala, entre otros, que: “La inteligencia del hombre y la lógica de la naturaleza deben entrar en diálogo y asociarse: Ésta es la Paz entre el derecho al progreso y el derecho a un ambiente sano” y asimismo dispone “El progreso será propiamente humano en armonía con un ambiente equilibrado, y al mismo tiempo, la protección y la restauración del ambiente serán factores de progreso”. Declara la protección del medio ambiente como una Política de Estado prioritaria y estratégica. En el artículo 6 establece un plan de monitoreo y revisión del “Tratado de Paz entre Progreso y Medio Ambiente - Estrategia 2010-2020” que

permitirá medir su evolución a medida que se ejecutan las políticas previstas en el mismo, mediante una serie de Indicadores que actuarán a modo de herramienta de gestión del Plan Maestro para reafirmar o redireccionar rumbos, en función de los resultados que se obtengan en la implementación de las políticas establecidas.

La norma no ha sido aún reglamentada tal como manda su propio articulado en las disposiciones complementarias, lo que matiza sus posibilidades reales de implementación y los indicadores de monitoreo y cumplimiento que estipula no se han publicitado, lo que denota la falta de instrumentos para poder observar y cuantificar los niveles de ejecución de dicho plan a efectos de la propuesta del próximo plan que debería proponerse como continuidad del anterior.

IV. El contexto gubernamental provincial, las autoridades de aplicación, los espacios institucionales y la ejecución de las políticas ambientales y de conservación de los recursos naturales

En una aproximación general que pretendemos hacer nos interesa identificar la definición de las autoridades de aplicación de las leyes en las temáticas seleccionadas en la provincia, lo que nos permitirá observar quién se ocupa de los recursos naturales en la provincia y ver en especial la situación actual.

La asignación de competencias y jurisdicciones es determinante al profundizar y acotar la estructura normativa del sistema jurídico argentino para el análisis de situaciones concretas, esto permite conocer a quién le corresponde legislar, a quién gestionar y con qué atribuciones y límites. En cada nivel de gobierno, de acuerdo a la política ambiental que determinen, a la distribución de funciones entre los distintos poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) se fijan las atribuciones que tiene cada sector en materia ambiental, en consonancia con la CN.

Previo a analizar los espacios institucionales y las autoridades de aplicación encargadas de la ejecución de las políticas ambientales formuladas en normas que han sido repasadas en los acápite previos del presente artículo, es necesario comprender el escenario y el régimen político de la provincia de San Luis en que se insertan los municipios como subsistemas dado que hay algunas particularidades que deben ser tenidas en cuenta para la profundización en el estudio de la temáticas de las relaciones intergubernamentales.

Un dato a considerar es que, desde el regreso de la democracia en nuestro país hasta la actualidad, se ha mantenido una línea partidaria en el gobierno que es el partido justicialista, lo que confluye con otro dato de especial relevancia: el apellido Rodríguez Saá ocupó la escena política en todo ese transcurso de tiempo. Desde 1983 hasta la crisis de 2001 Adolfo Rodríguez Saá fue el gobernador reelecto de la Provincia y en 2001 renunció cuando asumió la Presidencia de la Nación. Durante esa etapa la Constitución de la Provincia permitía la reelección indefinida en el artículo 147, el cual fue enmendado en 2006 mediante Ley N° XIII-0545- 2006,

estableciendo la duración en las funciones de gobernador y vice por un periodo de 4 años, permitiendo solo una reelección consecutiva. A partir de las elecciones de 2003 asumió su hermano Alberto Rodríguez Saá por dos periodos consecutivos hasta el 2011. Por el periodo 2011-2015 fue electo gobernador de la Provincia Claudio Poggi de la mano de los hermanos Rodríguez Saá. En 2015 y 2019 fue electo y reelecto nuevamente Alberto Rodríguez Saá.

La preeminencia y la hegemonía de un partido por más de 30 años, es lo que ha permitido una cierta continuidad en las políticas, la planificación territorial de la provincia, la implementación de un modelo desarrollista con una fuerte intervención estatal en la obra pública, que los hermanos Rodríguez Saá han denominado “El Modelo San Luis”, y la implementación de planes estratégicos de gestión a largo plazo en diversas áreas como ser la ambiental, el sector energético, turístico y el sector de aguas con una fuerte mirada sobre la importancia de las obras de infraestructura en el diseño de las políticas y de los paisajes, dejando de lado la parte social de las políticas ambientales. No obstante la existencia de dichos planes de gestión a mediano y largo plazo, en el ciclo desde su formulación hasta la implementación de los mismos, no se habilitan las instancias de participación ciudadana, lo que obstaculiza la ejecución de las políticas; dado que no se realizan procesos de difusión de la información para poner en conocimiento de la ciudadanía y luego fomentar su participación, no se establecen indicadores de cumplimiento claros, ni se permite el control ciudadano en el desarrollo de las políticas.

Los procesos políticos desarrollados en la provincia han mantenido algunos espacios institucionales sin modificaciones en las distintas gestiones de gobierno y en otros se operan cambios que jerarquizan o desjerarquizan los espacios de acuerdo a la entidad de la problemática en la agenda gubernamental.

En este marco, mediante Ley de ministerios N° V-1018-2019 se establece la jerarquía de una secretaría de estado denominada Medio Ambiente y Parques (disminuyendo la categoría y jerarquía institucional que establecía la anterior Ley N° V-0938-2015 de Ministerios de la Provincia de San Luis que instituía el Ministerio de Medio Ambiente, Campo y Producción y desagregando las funciones en diferentes Secretarías). La actual Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Parque tiene las siguientes funciones, atribuciones y competencias:

1. Utilizar en forma equitativa y autosustentable los beneficios que deriven del uso de los recursos;
2. Recuperar, conservar y proteger el uso sustentable de los parques y reservas naturales;
4. Velar por el cumplimiento de las Leyes Nacionales y Provinciales vigentes en materia de medio ambiente; //
5. Identificar situaciones ambientales y regionales asegurando el desarrollo sostenible;

6. Identificar las fortalezas y potencialidades naturales y ambientales del territorio Provincial, así como sus debilidades y problemas, promoviendo el avance del desarrollo sostenible;

7. Estimular el uso de los recursos naturales, humanos, económicos y financieros tendiendo a su optimización desde el punto de vista social, económico y ecológico;

11. Propiciar el uso racional de los suelos a efectos de lograr la conservación, recuperación y mejoramiento de los mismos, estimulando el control y prevención de todo proceso de degradación.

Seleccionamos algunos de los incisos que tienen directa aplicación a la protección de los recursos naturales donde podemos observar el uso, conservación y protección en el marco de un desarrollo sustentable como concepto. Hace alusión expresa al cumplimiento de leyes nacionales y provinciales con clara referencia a la intergubernamentalidad legislativa.

Todo ello otorga un marco de referencia a la hora de analizar la protección en el territorio.

Seleccionamos algunos de los incisos que tienen directa aplicación a la protección de los recursos naturales donde podemos observar el uso, conservación y protección en el marco de un desarrollo sustentable como concepto. Hace alusión expresa al cumplimiento de leyes nacionales y provinciales con clara referencia a la intergubernamentalidad legislativa existente.

Todo ello otorga un marco de referencia a la hora de analizar la protección en el territorio, nos permite identificar las atribuciones y funciones asignadas que se establecen en las distintas normas provinciales.

V. La protección de áreas naturales de acuerdo a las normativas vigentes en los distintos niveles de regulación

Los territorios protegidos tienen particularidades en las modalidades de protección y de acuerdo a quienes establecen la conservación, preservación, defensa o protección del área en cuestión por su importancia, extensión, atributos, etc.

La nación en el ámbito del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable cuenta con la Administración de Parques Nacionales (APN) tiene como objetivos diseñar, conducir y controlar la ejecución de las políticas necesarias para conservar y manejar los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales, existentes actualmente y las que eventualmente se incorporen, con el objeto de asegurar el mantenimiento de su integridad en todo lo relacionado con sus particulares características fisiográficas, asociaciones bióticas, recursos naturales y calidad ambiental de los asentamientos humanos y promover la creación de nuevas

áreas en el marco de la Red Nacional de Áreas Protegidas⁴. Hay que destacar que en 2003 se crea el Sistema Federal de Áreas Protegidas (SiFAP)⁵ contemplando las ecorregiones del país. Se trata del organismo encargado de coordinar la política sobre las áreas protegidas del país, formado por las provincias (representadas por el Consejo Federal del Medio Ambiente -COFEMA-) y la Nación (representada por la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación -SMaYDS- y por la Administración de Parques Nacionales -APN-). Se constituye como un efectivo instituto de relaciones intergubernamentales que busca fomentar vínculos de coordinación, cooperación, integración.

En cuanto al esquema normativo de la escala nacional, encontramos la Ley N° 22351 de parques nacionales, reservas nacionales y monumentos naturales, y algunas leyes que ratifican tratados internacionales: la Ley N° 24375 ratificación del Convenio sobre Diversidad Biológica, la Ley N° 21.836 ratificación de la Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial, la Ley N° 23919 aprobación de la Convención sobre los Humedales (más conocida como Convención Ramsar).

También en el diseño normativo de los presupuestos mínimos de protección la Ley 25675 General de Ambiente establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable. Y la Ley 26331 de protección ambiental de Bosques Nativos establece los pisos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos, y de los servicios ambientales que éstos brindan a la sociedad. Además, establece un régimen de fomento y criterios para la distribución de fondos por los servicios ambientales que brindan los bosques nativos.

Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación contempla las nociones de biodiversidad y paisaje como micro bienes del bien jurídico protegido ambiente al introducirlo expresamente como límite al ejercicio de los derechos individuales⁶.

La provincia por su parte tiene sus propios mecanismos de protección a través de sus normativas, algunas de las leyes especiales nacionales aplicables son: la Ley N° VIII-0249-2004 de adhesión a la Ley Nacional N° 25.080 de fomento forestal, la Ley N° IX-0315-2004 de adhesión a la Ley Nacional N° 22.428 de Protección y Conservación de Suelos. Con respecto a los mínimos, la provincia establece la Ley

(4) Ver: https://www.argentina.gob.ar/parquesnacionales/institucional_

(5) Ver: <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/areas-protegidas/sifap>

(6) ARTICULO 240. Código Civil y Comercial de la Nación.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. *“El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.*

N° IX-0697-2009 de Ordenamiento Ambiental de bosques nativos y resultan de aplicación para la protección de áreas, la Ley N° IX-0309-2004 sobre áreas naturales protegidas, con su modificación ampliatoria mediante la Ley N° IX-0852-2013 de ampliación del Sistema de Áreas Naturales Protegidas de la Provincia.

En la clasificación se diferencian tres categorías:

- Áreas Naturales Propiamente Dichas: son las que se destacan principalmente por calidad o excepcionalidad natural desde el punto de vista geológico, paleontológico o por su belleza escénica distintiva.
- Áreas Naturales-Culturales: son aquéllas que se diferencian por tener algún rasgo cultural excepcional dentro del ámbito natural (Por ejemplo: Pinturas Rupestres).
- Áreas Naturales Modificadas: son aquéllas en las que el medio natural ha sido modificado por el hombre, generando un cambio distinguible en el paisaje y en los ecosistemas locales (Diques y Embalses), y que fundamentalmente inciden significativamente en el Desarrollo Regional.

En este contexto, esta última categoría de protección es lo que permite la incorporación de los diques construidos como parte integrante de la política de infraestructura hídrica provincial, como partes del Sistema de Áreas Naturales Protegidas de la Provincia.

La construcción de este sistema de preservación y protección es lo que nos permite ver la dimensión de la intergubernamentalidad en tanto se contemplan los Parques Nacionales, los parques o reservas provinciales y también las áreas municipales protegidas forman este Sistema. Un dato a considerar es que en la ampliación del Sistema protectorio realizado en 2013 se incorpora la categoría de áreas naturales municipales y también las áreas naturales privadas que hasta ese momento no tenían un marco regulatorio. Más allá de estas figuras se prevén los sitios de protección internacional con lo cual se ven reflejadas las diferentes relaciones e interfaces entre las escalas de protección.

CUADRO N 2: SISTEMA DE ÁREAS NATURALES PROTEGIDAS DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS



(Elaboración propia)

Las figuras que se utilizan para la protección son diversas y algunas de ellas provienen de la escala internacional de acuerdo a las categorías que ha establecido la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN), mientras que otras también se derivan de dicha escala como sitios de relevancia internacional.

En el siguiente cuadro mostraremos los instrumentos de protección y preservación de áreas y sitios naturales y culturales.

CUADRO N° 3: FIGURAS JURÍDICAS PROTECTORIAS DE ÁREAS NATURALES

FIGURA JURÍDICA DE PROTECCIÓN	DESCRIPCIÓN
Reserva Científica/ Reserva Natural Estricta	Preservar áreas significativas por la excepcionalidad de sus ecosistemas, de sus comunidades naturales o de sus especies de flora y fauna y donde la interferencia humana directa se reduce a un mínimo para que los procesos ecológicos se desarrollen en forma natural.

Parque Nacional o Parque Provincial	Conservar áreas con representatividad biogeográfica, no afectada por la actividad humana, que contienen ecosistemas y especies de flora y fauna y/o paisajes naturales de belleza excepcional, con fines científicos, educativos y recreativos.
Monumento Natural Nacional o Provincial	Preservar áreas o sitios que contienen uno o varios elementos de notable importancia nacional o provincial, poblaciones animales o vegetales viva o fósil de interés estético, valor histórico o científico a la cual se le acuerda protección absoluta, garantizando su integridad a perpetuidad.
Reserva Natural Manejada/Santuario de Flora y Fauna	Proteger hábitats específicos indispensables para preservar la existencia o mejorar la condición de vida de especies o variedades de importancia nacional o provincial como destinatarias de esa protección.
Paisaje Protegido	Mantener la calidad escénica de paisajes seminaturales o culturales dignos de ser preservados en su condición tradicional.
Reserva de Recursos	Conservar los recursos naturales de zonas deshabitadas de las que se ha resuelto conservar sin utilización, salvo el usufructo tradicional de aquéllos que ejerce la población local.
Reserva Natural Cultural	Conservar aquellas áreas naturales en las que habitan comunidades aborígenes interesadas en preservar sus recursos naturales y las pautas culturales de su usufructo.
Reserva de Uso Múltiple	Conservar áreas naturales en las que se privilegia la convivencia armónica entre las actividades productivas de las comunidades locales y el mantenimiento de los ambientes con sus recursos naturales.
Reserva de la Biosfera	Conservar los recursos biológicos y conocer el funcionamiento de los ecosistemas, mantener formas tradicionales de uso de los recursos naturales y aprender de ellos a fin de mejorar su manejo y conciliar la conservación de la naturaleza con el desarrollo de las poblaciones humanas asociadas.
Sitio de Patrimonio Mundial (Natural)	Conservar los sitios que posean un patrimonio natural de interés y valor excepcional para toda la humanidad.
Sitio Ramsar	Categoría creada por la “Convención de Ramsar” para la conservación de humedales de importancia internacional, que corresponden a lagos, costas y cuencas anegadas que reciben a aves migratorias.
Sitios Hemisféricos	Conservar ambientes de interés para la conservación de aves migratorias, designados por el Consejo de la “Red Hemisférica de Aves Playeras”.

(Elaboración propia)

La variedad en las figuras y objetivos de protección en las áreas territoriales que comprenden, las diferentes jurisdicciones (internacional, nacional, provincial y

municipal) nos muestran la complejidad jurídica, política e institucional que puede observarse en los territorios de la provincia.

El alcance y significado de cada área de protección nos permitirá analizar los problemas que plantean las gestiones en los territorios y como se desarrollan las relaciones intergubernamentales en los diferentes supuestos, las cuestiones vinculadas a la gestión, coordinación, ejecución de las políticas definidas entre otros aspectos de interés.

VI. Reflexiones finales

El análisis de las temáticas vinculadas al ambiente y los recursos naturales requiere de un conjunto de definiciones en nuestro sistema jurídico, político e institucional que parte de la distribución de competencias establecidas por la Constitución Nacional y que deben respetar el sistema federal de gobierno.

La propia CN va a establecer en diferentes artículos las reglas del sistema, tanto en la parte general cuando se refiere a los nuevos derechos en el caso de la temática ambiental y en las atribuciones de las provincias sobre los recursos naturales. Asimismo, podríamos tomar en cuenta la obligación de respetar el régimen municipal.

Profundizar en el análisis del sistema y su distribución de competencias ha contado con variada, numerosas y diversas posiciones doctrinarias que resaltan distintos aspectos del sistema federal, de la visión que tienen los autores sobre el federalismo y de los acuerdos que van surgiendo en los análisis como el concepto acuñado por Frías sobre “federalismo de concertación”.

Un concepto este último que ha permitido el encuentro y la compatibilización de dos lógicas diferentes como son la lógica de división territorial y la lógica territorial de la protección ambiental con conceptos como el de cuencas hidrográficas y eco-regiones o parques interjurisdiccionales.

La reforma constitucional consolidó el federalismo de concertación en asuntos ambientales (artículos 41 y 124) conjugando las competencias de nación, provincias y municipios en la regulación, protección y preservación del ambiente.

Hemos relevado, analizado y destacado un conjunto de visiones y descripciones conceptuales sobre las cuales construir el federalismo y sus reglas para aplicarla en la ejecución de políticas concretas. Ese camino de relevamiento nos ha permitido identificar las herramientas y dispositivos jurídicos, normativos e institucionales que se encuentran para la protección de áreas naturales como los espacios que contienen gran parte de la biodiversidad de nuestro país, sin desconocer los problemas de implementación que esas categorías generan.

La provincia de San Luis tiene particularidades naturales, culturales y políticas sobre las cuales trabajamos, que permiten observar en los niveles o escalas que requiere la observación de la intergubernamentalidad en una temática específica,

que son las modalidades de protección de los recursos naturales. En su Constitución Provincial reafirma el dominio de los recursos naturales y contempla un concepto amplio de ambiente que incorpora la dimensión del paisaje y los valores culturales.

La propia regulación de la protección establecida en figuras con más restricciones unas que otras, objetivos diferentes, nos muestran un abanico disponible de modalidades de protección provenientes de los distintos niveles (ya que responden a normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales). Esa diversidad de figuras que se encuentran en las formulaciones normativas de la política, no encuentra reflejo directo en su etapa de implementación dado que la falta de información ocasiona el desconocimiento de áreas, sitios o lugares que requieren de protección frente a la expansión de un modelo de desarrollo productivo, de urbanización y turístico que no condice con fines ambientales.

La forma en que conviven los niveles gubernamentales en sus gestiones, los conflictos que pueden derivarse son objetos de análisis a desarrollar en nuestro proyecto.

Los relevamientos y sistematizaciones realizados nos ordenan la información y van a permitir una adecuada selección de las principales dimensiones y categorías de análisis a estudiar en los estudios de casos objeto de trabajo.

VII. Bibliografía

ESAIN, J (2012) “La competencia judicial ambiental en el artículo 7 de la ley general del ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental*, N°31, Abeledo Perrot, julio-noviembre, número especial a los diez años de la ley 25675.

ESAÍN, J. (2007) “El federalismo ambiental. Reparto de competencias legislativas en materia ambiental en la Constitución Nacional y en la Ley General del Ambiente 25675”, SJA 7/1/2004 JA 2004 I 776.

FALBO, Aníbal J. (2009) *Derecho ambiental*, Librería Editora Platense, La Plata.

GABAY, M (2018) “Apuntes sobre el sistema normativo ambiental argentino”, en Gutiérrez, R.A. (Comp.) *Sociedad, estado y políticas ambientales en Argentina*. Teseo, Buenos Aires.

GAGO, María Eugenia - GÓMEZ ZAVAGLIA, Tristán - RIVAS, Fernando (2016) *Federalismo Ambiental: los recursos naturales y la distribución de competencias legislativas en la Constitución Nacional Argentina*. Id SAIJ: DACF170396

HERNÁNDEZ TRILLO F. (2015) *Federalismo ambiental en América Latina: una revisión*. CEPAL-ONU, Santiago de Chile.

NONNA, S, (2017) “La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP. Año 14 /N° 47.

PEREZ CUBERO, Ma. Eugenia (2020) *La política y lo político en torno al abastecimiento del agua. El caso de la Villa de Merlo, provincia de San Luis*, Tesis Doctoral, CEA-FCS-UNC.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1987) "A la búsqueda de un nuevo federalismo", *LA LEY*1987-E, 964. Cita Online: AR/DOC/1345/2001

ROSATTI, Horacio D. (2004) *Derecho ambiental constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

SUCUNZA, M. (2016) "Competencia federal en materia ambiental: la consolidación de una (suprema) línea interpretativa", *Revista REDA* 106 (Lexis Nexis), Buenos Aires, julio/agosto 2016.

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y EL PRECEDENTE VINCULANTE: UNA TENSION APARENTE*

JUDICIAL INDEPENDENCE VS. BINDING PRECEDENT:
A MISLEADING OBJECTION

Florencia Ratti M.**

Resumen: El trabajo revisa la noción de independencia judicial y su relación con el precedente vinculante desde una perspectiva iberoamericana, con especial énfasis en los ordenamientos jurídicos argentino y brasileño. Se advierte que impera una concepción de independencia judicial que la categoriza como garantía reconocida en favor del juez y no como un derecho que asiste a las partes, lo que provoca una oposición infundada hacia el precedente judicial. En su reemplazo, se propone una revalorización de la independencia judicial a partir del análisis de su esencia y finalidad. La propuesta se inspira en la labor de la Cumbre Judicial Iberoamericana; en especial, en los principios contenidos en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial y en el Estatuto del Juez Iberoamericano, que reconocen al justiciable como protagonista del proceso y razón de ser del sistema judicial. Tal perspectiva disipa toda tensión entre la independencia judicial y el respeto por lo ya resuelto en casos análogos anteriores.

* Trabajo recibido el 5 de diciembre de 2020 y aprobado para su publicación el 4 de marzo de 2021.

** Doctora en Ciencias Jurídicas (*cum laude*, Universidad Católica Argentina/UCA). Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral). Investigadora con Dedicación Especial (UCA). Docente en Derecho Constitucional, Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA) y Taller de Doctrina y Jurisprudencia (UNLZ). Fulbright Visiting Scholar (Boston College, MA). CEJA Visiting Scholar (Osgoode Hall, TO).

Este trabajo fue producto de las investigaciones desarrolladas en ejercicio de la beca doctoral otorgada a la autora por el CONICET y de las investigaciones efectuadas en el marco del proyecto IUS (UCA) 800 201901 00018 CT: "El precedente judicial en América Latina: análisis comparado". Agradezco a E. Abásolo, G. Ferrari, J. N. Lafferriere, S. Legarre, M. R. Polotto y N. Pérez Trench, por sus comentarios a una versión preliminar de este artículo durante el seminario de investigación llevado a cabo en la UCA en noviembre de 2020.

Palabras-clave: Independencia judicial - Precedente - Garantía procesal - Juez - Debido proceso.

Abstract: This paper revisits the notion of judicial independence and its relationship with binding precedent in Ibero-America, with special emphasis on the Argentinian and Brazilian legal systems. It evidences the prevalence of an idea of judicial independence as a guarantee for the judge instead of a guarantee for the parties, and states that such misconception causes an unfounded opposition to precedent. The work proposes a notion of judicial independence developed from the analysis of its essence and purpose. That proposition is inspired by principles contained in the “Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial” and the “Estatuto del Juez Iberoamericano”, both developed during the Ibero-American Judicial Summit. Those documents put parties in the core of the judicial process and conceives them as the reason for judicial independence. Such perspective removes any opposition between judicial independence and respect for what it has been decided in similar previous cases.

Keywords: Judicial independence - Precedent - Judicial guarantee - Judge - Due process.

Sumario: I. Introducción. II. La independencia judicial en América Latina. Independencia externa e interna. III. El debate sobre el precedente vinculante: la independencia judicial como libertad de criterio. III.1. Argentina. III.2. Brasil. IV. El precedente no se opone a la independencia judicial. V. La independencia judicial como garantía del justiciable. VI. Conclusión.

I. Introducción

La independencia judicial puede definirse como la ausencia de injerencias indebidas directas o indirectas sobre los magistrados. Suele ser catalogada como un requisito indispensable para el recto goce, ejercicio y defensa de los derechos humanos¹. Ha sido receptada, como garantía constitutiva del debido proceso, en

(1) Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), “Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 55; Corte IDH, “Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C No. 197, párrs. 67 y 68; Corte IDH, “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 23 de agosto de 2013, serie C No. 166, párr. 144.

múltiples tratados, principios internacionales y constituciones políticas². También fue objeto de análisis para la doctrina (nacional, regional e internacional) y para diversas instituciones y agrupaciones de jueces, que sentaron principios o directivas en su favor³.

A pesar de que es un tópico que está en boga, normalmente el análisis se focaliza en erradicar la dependencia de los jueces respecto de los poderes políticos u otros grupos de presión: lo que se conoce como “independencia judicial externa”. Este trabajo, en cambio, se concentra en la “independencia judicial interna”, es decir, aquella que suprime las injerencias indebidas que provienen del mismo poder judicial. Particularmente, se estudiará aquí la relación que existe entre la independencia judicial interna y el precedente. Se trata de una arista que no ha sido explorada con profundidad en la literatura especializada sobre independencia judicial, pero que sí ha sido objeto de debate, en el último tiempo, entre quienes estudian el precedente⁴.

(2) Entre los pactos internacionales, cabe mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adoptada por la Organización de Estados Americanos en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969), artículo 8.1; la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), artículo 8º; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966 (entrada en vigor el 23 de marzo de 1976), artículo 14. A su vez, existen múltiples instrumentos internacionales que abordan la garantía de independencia judicial, entre los que cabe mencionar los “Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial”, de las Naciones Unidas, aprobados en La Haya en 2002, las “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas”, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013), los “Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura”, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en 1985, y confirmados por la Asamblea General de la ONU a través de sus resoluciones 40/32 y 40/146.

(3) Es el caso, por ejemplo, de los “Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales. Guía para Profesionales”, elaborados por la Comisión Internacional de Juristas y de los documentos elaborados durante diversas ediciones de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que serán examinados en el presente trabajo.

(4) Cabe mencionar los trabajos de BRAVO HURTADO, P. “Precedente vinculante *versus* independencia judicial en Chile”, *diario El Mercurio*, publicado el 22 de julio de 2014, recuperado de https://www.academia.edu/7770387/Precedente_Vinculante_versus_Independencia_Judicial_en_Chile_Columna, última consulta el 17 de noviembre de 2020, LIENDO TAGLE, F. “Precedentes, interpretación, cultura jurídica e independencia judicial en el *civil law*. Hacia una actualización de concepciones desde y para experiencias latinoamericanas”, en DE CASTRO MENDES *et al.* (Coords.), *Direito Jurisprudencial*, Thomson Reuters, San Pablo, 2014, vol. II, pp. 509-609 y NÚÑEZ VAQUERO, Á. “¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión”, *Derecho PUCP*, 2020, n° 84, pp.303-336.

Aquí utilizaré el término “precedente” en sentido amplio, en referencia a las sentencias dictadas en el pasado y no en el sentido estricto que asume, en ocasiones, en el *common law*, relativo al *holding* de la sentencia que resulta obligatorio para casos similares posteriores. Sobre este último sentido, véase CROSS, R. - HARRIS, J. *Precedent in English Law*, 4ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1991.

En las últimas décadas, diversos ordenamientos regionales -insertos en la tradición jurídica del *civil law*- iniciaron el proceso de adopción de algún tipo de precedente vinculante (o el reconocimiento de cierta fuerza o relevancia a lo resuelto en casos anteriores). La independencia judicial interna apareció entonces como obstáculo en tales procesos: tanto doctrinaria como jurisprudencialmente la defensa de la independencia judicial se proyectó en contra de la instauración o del reconocimiento de valor al precedente judicial. Se señaló que la obligatoriedad del precedente vulneraría la independencia del juez, al coartar su libertad de criterio o de interpretación. El deber de seguir la solución diseñada para un caso análogo pasado constituiría, desde esta perspectiva, una injerencia indebida en la libertad de interpretar la norma que asiste a cada juez, y en la facultad de aplicar su criterio personal para resolver la controversia.

Como se dejará en evidencia, tal argumento parte de una concepción errónea de la independencia judicial, que desdibuja su esencia, finalidad y alcance. La aparente tensión entre independencia judicial y precedente vinculante se origina en su concepción como privilegio y garantía en favor del juez (y de su criterio⁵), que desconoce que el verdadero protagonista del proceso y beneficiario de las garantías procesales es el justiciable.

La desarticulación de tal tensión tendrá lugar, en el presente estudio, a partir de la defensa de la noción de independencia judicial explicitada en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial⁶ y en el Estatuto del Juez Iberoamericano⁷. Se trata de una concepción superadora, que se estructura desde la perspectiva del justiciable y excluye su invocación como privilegio para el juez. Aquí se demostrará que la independencia judicial, en su esencia, no se contrapone al precedente judicial.

El tema reviste incuestionable trascendencia a nivel regional, donde, como se mencionó, han tenido lugar diversas reformas constitucionales y procesales que incorporan el precedente vinculante⁸. También a nivel nacional, a la luz de una

(5) El término “criterio” es utilizado aquí en la segunda acepción que le otorga el Diccionario de la Real Academia Española: como juicio o discernimiento de cada juez. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, <https://dle.rae.es/criterio>, última consulta el 10 de marzo de 2021. En este sentido, por más que en ocasiones se utilice la expresión “criterio personal”, ello no supone otorgarle un significado peyorativo o indicativo de que los jueces resuelven las controversias que se le presentan desde la *doxa* u opinión personal (aunque a veces suceda). Por el contrario, es indicativo de que, muchas veces, el juez forma un juicio sobre la resolución de la controversia (su “criterio”), que es diverso del juicio que sobre controversias similares han emitido otros jueces.

(6) Adoptado por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Santo Domingo, en 2006, y reformado en la XVII Reunión Plenaria, Santiago de Chile, 2014. En lo que sigue, indistintamente, “Código Modelo”.

(7) Aprobado por la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en España en mayo de 2001.

(8) En México, Colombia, Brasil y Perú existe algún tipo de precedente vinculante. Con excepción de Colombia, en donde la vinculatoriedad fue producto del desarrollo jurisprudencial de la

reciente jurisprudencia de la Corte Suprema que genera un compromiso con el reconocimiento del precedente como garantía de celeridad y economía procesal⁹.

El trabajo se estructura del siguiente modo:

En la sección II, se explicita el estado de la cuestión -académico, normativo y jurisprudencial- sobre la independencia judicial en América Latina. Se muestra que, por lo general, el interés recae sobre la independencia judicial externa y no existe un abordaje de la independencia judicial interna ni, mucho menos, se analiza cuál es la relación entre esa independencia del juez y el seguimiento del precedente.

En la sección III, se evidencia que la tensión entre independencia judicial y precedente se origina con la incorporación de mecanismos de unificación de la jurisprudencia o precedentes vinculantes en diversos países regionales. A su vez, se verifica que la independencia judicial defendida en ese contexto consiste en una libertad absoluta de criterio en favor del juez.

Se examinan los casos de Argentina y Brasil como ejemplos en los que la concepción de independencia judicial ha adquirido tal significado. Esto no impide reconocer que en otros países iberoamericanos se ha dado el mismo debate¹⁰. Por el contrario, esta investigación podría ser el germen de futuros estudios tendientes a dilucidar cómo ha operado esa dialéctica entre la independencia judicial y el precedente en cada uno de ellos.

La elección de Argentina y Brasil, de entre esos otros ordenamientos, responde a diversos motivos. Por un lado, se debe a la variedad argumentativa con que la tensión entre precedente e independencia judicial se ha desplegado en uno y otro

Corte Constitucional, los demás países prevén la vinculatoriedad del precedente en sus constituciones: la de México lo hace en su artículo 94, mientras que, en Brasil, se llevaron a cabo dos enmiendas constitucionales a efectos de incorporar la vinculatoriedad de la sùmula (Emenda Constitucional 03/1993 y Emenda Constitucional 45/2004). Para un análisis del precedente en estos países, puede verse DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, M. A. "Reforming the Brazilian Supreme Federal Court: A Comparative Approach", *Washington University Global Studies Law Review*, 2006, vol. 5, n°1, pp. 138-45; LÓPEZ MEDINA, D. "Obediencia judicial y administrativa de los precedentes de las Altas Cortes en Colombia: dos concepciones del fin y uso de la jurisprudencia como fuente del derecho", *Precedente*, Cali, 2015, vol. 7, pp. 9-42; MONTOYA VALLEJO, S. "Análisis comparado de la formación de la jurisprudencia en México y del precedente judicial en Colombia", *Revista CES Derecho*, 2017, vol. 8, pp. 71-99 y ESTRADA ROMERO, M. "Reflexiones en torno a la jurisprudencia en México", en CIENFUEGOS SALGADO, D. & LÓPEZ OLIVERA, M. (Coords.), *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México, IJ-UNAM, 2005, pp. 103-120.

(9) En la sección III de este trabajo se ofrece un recorrido por la jurisprudencia relevante sobre el tópic, que se detiene en el análisis de un fallo reciente (CSJN, "Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo", CSJ 2148/2015/RH1, sentencia del 29 de diciembre del 2019), mediante el cual la Corte por primera vez, en la parte resolutive de una sentencia, reconoce la obligatoriedad, para todos los tribunales del país, de su interpretación de una norma (en el caso, el artículo 67, inciso "e" del Código Penal).

(10) En efecto, Colombia, Chile y España son países donde también se planteó la cuestión y a los que me referiré sucintamente antes de examinar Argentina y Brasil.

caso. Esto enriquece el análisis y permite extender a otros países de Iberoamérica las conclusiones que se alcanzarán. Por otro lado, en Brasil, a diferencia de otros países de la región, se han llevado a cabo estudios cuantitativos y cualitativos que permiten apreciar con claridad cuál es la concepción de los magistrados respecto de la tensión referida. Es decir, se cuenta con información de primera mano sobre la materia. Por último, en Argentina la simultánea valoración del precedente -en especial en derecho público- y del libre criterio de los jueces -en especial, en el derecho privado- se remonta a la época del dictado de la Constitución. Esto, que probablemente se relacione con el carácter híbrido del sistema jurídico argentino¹¹, ubica los orígenes de la tensión mucho antes de la contemporaneidad con la que se ha dado en otros países, lo que incrementa el caudal de decisiones judiciales que manifiestan esa tensión.

En la sección IV, se aborda la independencia judicial a partir de su esencia y finalidad. En el primer aspecto, se la reconoce como una garantía en favor del justiciable y como componente del Estado de Derecho. En lo que hace a su finalidad, se la identifica con la obtención del resultado justo al que está orientado el proceso. Tal concepción se sustenta en diversos documentos regionales sobre ética judicial, en especial, en el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial y en el Estatuto del Juez Iberoamericano. Se alcanza, por ese camino, una noción de independencia judicial que no solo no confronta con el deber de seguimiento del precedente judicial, sino que, en cierto modo, lo presupone.

Se concluye, pues, que es necesaria una revisión del concepto de independencia judicial, a fin de armonizarla con ciertos principios y garantías basales del Estado de Derecho.

II. La independencia judicial en América Latina. Independencia externa e interna

La inestabilidad de las instituciones políticas que reinó, en el último siglo, en gran parte de América Latina puso a prueba la independencia de los jueces en diversas ocasiones¹². No es de extrañar entonces que, a partir del retorno a la democracia en

(11) LEGARRE y HANDY lo definen como “un país de *civil law* con un toque de *common law*”. Cfr. LEGARRE, S. - HANDY, C. “A Civil Law State in a Common Law Nation, a Civil Law Nation with a Common Law Touch: Judicial Review and Precedent in Louisiana and Argentina”, *Notre Dame Legal Studies Paper* n° 200210, 2020, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3535858>, última consulta el 27 de noviembre de 2020.

(12) No es posible extenderse aquí sobre la situación particular de cada país, que presenta sus aristas históricas y políticas propias, pero se sugiere la consulta de la obra colectiva editada por BURGOS, G. S. (*Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colección Textos de aquí y ahora, Bogotá, 2003, 1ª Edición: ILSA), que contiene pormenorizados trabajos sobre la independencia judicial en varios países de la región. También resultan ilustrativas las “Pautas para promover la Independencia y la Imparcialidad Judiciales”, elaboradas por la Fundación Internacional para Sistemas Electorales (IFES) y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional

muchos países de la región, la independencia judicial se haya convertido en objeto de exhaustivo estudio¹³. Sin embargo, tales abordajes ponen el foco especialmente en la independencia judicial externa, es decir, en la inexistencia de presiones o influencia indebida de parte del poder político o de otro grupo de poder. Por lo general, no contienen un análisis extenso de la independencia interna (es decir, la ausencia de injerencia directa o presión dentro del mismo poder judicial)¹⁴ y pocos mencionan la relación que esta independencia de criterio posee con el precedente vinculante¹⁵.

En cuanto al estado de la cuestión en el derecho internacional y regional, muchos pactos reconocen la independencia judicial e identifican expresamente el derecho de toda persona a ser oído por un juez independiente. Así es que el artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, bajo el título de “Garantías Judiciales”, establece que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”. Similares disposiciones contienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 10) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 11).

De la redacción de los instrumentos mencionados se desprende que la consagración internacional de la independencia judicial es genérica y no se detiene en el

(USAID) en 2002. Finalmente, cabe remitir a los informes sobre independencia judicial elaborados por la Fundación para el Debido Proceso (disponibles en www.dplf.org) y a los informes de la Relatoría Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas.

(13) Tan solo como ejemplos, es dable mencionar NIEVA FENOL, J. - OTEIZA, E. (DIRS.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid, Marcial Pons, 2019; MEDINA CUENCA, A. - SALCEDO-ORTEGA, E. - HUERTA-DÍAZ, O. “Debido proceso e independencia judicial en América Latina”, *DIXI*, 2017, vol. 19, n° 26, pp. 37-56; VAN ZYL SMIT, J. “Judicial Appointments in Latin America: The Implications of Tenure and Appointment Processes”, *Bingham Centre for the Rule of Law*, 2016; WALSH, J. “A Double-Edged Sword: Judicial Independence and Accountability in Latin America”, *International Bar Association’s Human Rights Institute*, 2016; DÍAZ RIVILLAS, B. - LINARES, S. “Fortalecimiento de la independencia Judicial en Centroamérica: Un balance tras veinte años de reformas”, *América Latina Hoy: Revista de Ciencias Sociales*, 2005, n° 39, pp. 47; POPKIN, M. “Iniciativas para mejorar la Independencia Judicial en América Latina: una perspectiva comparativa”, USAID, *Pautas para la promoción de independencia judicial e imparcialidad*, 2002, RICO, J. - SALAS, L. “Independencia Judicial en América Latina. Replanteamiento de un tema tradicional”, *Centro para la Administración de Justicia*, San José de Costa Rica, 1991.

(14) En ocasiones, la clasificación de independencia “externa” e “interna” es reemplazada, respectivamente, por independencia “institucional” e “individual”. Véase, por ejemplo, CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *Compendio de Estándares Internacionales para la Protección de la Independencia Judicial*, San José, 2019, pp. 8-9.

(15) Entre quienes hacen referencia a esta cuestión, se destacan MEDINA CUENCA, A. - SALCEDO-ORTEGA, E. - HUERTA-DÍAZ, O. “Debido proceso e independencia judicial en América Latina”, *DIXI*, 2017, vol. 19, n° 26, pp. 37-56 y BURGOS, G. S. “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial?”, en BURGOS G. S. (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colección Textos de aquí y ahora, Bogotá, 2003, 1ª Edición: ILSA, p. 46. Este último admite que no existe tensión entre ambos institutos.

análisis de su naturaleza, alcance o limitaciones ni se expide sobre su relación con el precedente¹⁶. Tampoco lo hacen diversos documentos emanados de organismos internacionales y referidos exclusivamente a la independencia judicial: los “Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura”¹⁷ de las Naciones Unidas reconocen la independencia del juez frente a “todas las instituciones gubernamentales y de otra índole” (apartado 1º). Dejan incólume, por supuesto, la posibilidad de revisión judicial de las sentencias (apartado 4º), pero nada refieren sobre el precedente judicial. Lo mismo sucede con los “Procedimientos para la aplicación efectiva de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura”¹⁸ y con los “Principios Internacionales sobre la Independencia y Responsabilidad de Jueces, Abogados y Fiscales”, elaborados por la Comisión Internacional de Juristas¹⁹.

Los “Principios de Bangalore sobre la conducta judicial”²⁰, que son complementarios de los ya citados “Principios Básicos...” de las Naciones Unidas, prevén expresamente, en el apartado 1.4, que “Al cumplir sus obligaciones judiciales, un juez será independiente de sus compañeros de oficio con respecto a decisiones que esté obligado a tomar de forma independiente”. La redacción, tan amplia y algo imprecisa, otorga un alcance a la independencia que podría cobijar resistencia al precedente judicial. Exige reflexionar, cuanto menos, sobre cuáles son esas decisiones que el juez “está obligado a tomar de forma independiente”.

En cuanto a la jurisprudencia regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) tuvo ocasión de expedirse únicamente respecto de la independencia judicial externa, es decir, aquella que prohíbe la injerencia proveniente de poderes u órganos ajenos al Poder Judicial. En este sentido, ha señalado que “el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en las que se decida sobre los derechos de la persona” y que su objetivo es “evitar que el sistema judicial en general, y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial”²¹. Como se ve, los casos que ante ella se presentaron in-

(16) No es esperable que lo hicieran, dado que son instrumentos normativos que, por ende, no suelen contener definiciones y que, además, están destinados a regir en ordenamientos jurídicos donde el precedente podría tener grados muy diversos de obligatoriedad o relevancia.

(17) Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

(18) ECOSOC 1989/60.

(19) Ginebra, 2007.

(20) ECOSOC 2006/23.

(21) Corte IDH, “Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C No. 197.

volucraban peligros para la independencia judicial por la actuación de “órganos ajenos” a la judicatura.

No obstante, algunos instrumentos emanados de la Cumbre Judicial Iberoamericana, tales como el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial y el Estatuto del Juez Iberoamericano sí se involucran en la independencia judicial interna y aportan consideraciones interesantes sobre la independencia judicial y su relación con el precedente. Merecen, en consecuencia, especial atención y resultarán indispensables en la elaboración de una concepción distinta de independencia judicial, objetivo al que tiende ese trabajo. Se volverá sobre ellos en la sección V.

III. El debate sobre el precedente vinculante: la independencia judicial como libertad de criterio

Hasta aquí ha quedado en evidencia que la literatura académica sobre independencia judicial, los instrumentos normativos internacionales que la regulan y la jurisprudencia regional en la materia, en líneas generales, contienen sucintas referencias a la independencia judicial interna y prácticamente no se expiden sobre la relación entre la independencia del juez y el seguimiento del precedente.

Más bien, la oposición entre independencia judicial y precedente vinculante parece haber surgido a partir de debates legislativos o doctrinarios que tuvieron lugar, en ordenamientos jurídicos del *civil law*, con ocasión de la incorporación de mecanismos orientados a alcanzar la uniformidad de la jurisprudencia o de precedentes vinculantes. En este contexto, quienes invocan la independencia judicial para oponerse al deber de seguir el precedente la definen como aquel espacio de decisión necesario para que el juez resuelva de conformidad con su entendimiento del derecho²², sin recibir órdenes o instrucción alguna ni de los otros poderes del Estado ni de sus superiores²³.

Se defiende la idea de que el juez solo debe obediencia a la ley formal y que, por ese motivo, no se lo puede sujetar al seguimiento de un precedente ni tiene permitido fundar sus decisiones en algo que no sea la norma misma²⁴. Aún más, se señala que el reconocimiento de que el juez solo está sujeto a la ley “antes que fidelidad a la ley, implica desobediencia a todo aquello que no sea ley”, a raíz de lo cual se postula la “desobediencia a la misma interpretación de los otros jueces y, por tanto, [se reconoce] libertad interpretativa”²⁵.

(22) ZAFFARONI, E. R. *Estructuras judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 1994.

(23) BORDALÍ SALAMANCA, A. “Independencia y responsabilidad de los jueces”, *Revista de Derecho*, Valdivia, XIV (2), 2003, p. 163.

(24) MAIER, J. B. *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, 2ª edición, p. 135.

(25) “Por ende, pluralismo, legítima presencia de diversas posturas culturales e ideales al interior de la magistratura (...) ¿Qué sentido tendría el principio del juez natural si todos los jueces

De acuerdo con esa concepción, la uniformidad de la jurisprudencia y la independencia del juzgador constituirían valores contrapuestos, que no podrían ser garantizados simultáneamente²⁶. Algunos llegan a afirmar que obligar a un juez a seguir un criterio que no comparte es inconstitucional, toda vez que vulneraría la independencia interna del Poder Judicial²⁷, a la vez que haría peligrar su imparcialidad como juzgador y la garantía de juez natural²⁸. Una noción semejante se replica en la jurisprudencia: es habitual que, en sus sentencias, los jueces manifiesten que considerarse obligados por el precedente iría en contra de la libertad de criterio que los asiste, tal como explicitará en esta sección.

A continuación, se ofrecen los casos de Argentina y Brasil como modelos de análisis de esa tensión entre precedente vinculante e independencia judicial, ocasionada a partir de la concepción de esta última como libertad de criterio en favor de los jueces. Como se señaló más arriba, no son los únicos países donde aquella tensión se ha dado²⁹: en Colombia, se enarbó la independencia judicial como bandera en el marco de la disputa entre la Corte Suprema y el Consejo de Estado, por un lado, y la Corte Constitucional, por el otro, respecto del reconocimiento de obligatoriedad al precedente de esta última³⁰. En Chile, los miembros de la judica-

fueran iguales y no portadores de 'legítima diversidad?'. BORRÈ G. (1994), "Le scelte di Magistratura demoratica", en ROSSI, N. (Ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progresista nel mutamento istituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1994, recuperado de <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/editorialeborre.php>, última consulta el 15 de junio de 2020. La traducción me pertenece.

(26) ARCE, E. - DÍAZ CANTÓN, F. "Obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", *Nueva Doctrina Penal*, 1996/A, Editores del Puerto, pp. 189 y ss.

(27) SARTORIO, J. C. "La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad", *La Ley*, 1959, t. 96, sección Doctrina, pp. 799-807.

(28) BRUZZONE, G. "Ecos del plenario 'Kosuta'. La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria: un problema de independencia interna del Poder Judicial", *La Ley*, 2000-B, p. 591; BORRÈ, G. "Le scelte di Magistratura demoratica", en ROSSI, N. (Ed.), *Giudici e democrazia. La magistratura progresista nel mutamento istituzionale*, Franco Angeli, Milano, 1994, recuperado de <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/editorialeborre.php>, última visita el 15 de junio de 2020. Esta concepción de independencia interna, en tanto libertad de criterio, también recibe el nombre de "autonomía individual". Cfr. BURGOS, G. S. (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colección Textos de aquí y ahora, Bogotá, 2003, 1ª Edición: ILSA, p. 47.

(29) Sobre el particular, veáse BERIZONCE, R. "Los efectos vinculantes de las sentencias emanadas de los Superiores Tribunales. Tendencias en el derecho iberoamericano", *La Ley*, 2006-D, 1077.

(30) Cfr. LIENDO TAGLE, F. "Precedentes, interpretación, cultura jurídica e independencia judicial en el *civil law*. Hacia una actualización de concepciones desde y para experiencias latinoamericanas", en DE CASTRO MENDES *et al* (coords.), *Direito Jurisprudencial*, Thomson Reuters, San Pablo, 2014, vol. II, p. 566; LÓPEZ-CUÉLLAR, N. *State Legal Pluralism: Between Con ict and Dialogue, Insights from a Colombian Case*, Thesis of Doctor in Civil Law, McGill University, Montreal, Quebec, 2011. La doctrina de ese país ha abordado el tema con la mayor exhaustividad que puede encontrarse en la región. Véanse, como ejemplos de lo dicho, GARCÍA GÓMEZ, J. E. "La independencia judicial (jurisdiccional) como garantía del debido proceso, a partir de la jurisprudencia judicial", *Revista Dixi*, 2011, vol. 13, núm. 14, pp. 88-99, GUEVARA, C. "Independencia judicial. El caso de la Corte Suprema

tura suelen esgrimir la independencia judicial como objeción a la instauración de un sistema de precedentes vinculantes³¹. En España también se ha desarrollado una postura en contra del precedente vinculante del Tribunal Superior, que postula, en defensa de la independencia judicial, que el reconocimiento de vinculatoriedad al precedente implicaría una burocratización de los jueces³². Sin embargo, por los motivos explicitados oportunamente en la sección I de este trabajo, se examinarán con mayor exhaustividad los ordenamientos argentino y brasileño, para vislumbrar cómo se ha desenvuelto allí esta tensión y sentar las bases para desarticularla.

III.1. Argentina

En Argentina, la oposición al reconocimiento del precedente vinculante en defensa de la independencia judicial estuvo presente en el movimiento codificador desde su inicio, en la segunda mitad del siglo XIX³³. En un contexto en el que “la válvula de escape para la libertad del juez se encontraba en la interpretación del derecho” y se consideraba “indecoroso para el juez seguir servilmente los pasos de otros”, el mismo Vélez Sarsfield se manifestaba -mucho antes de convertirse en codificador- en contra del precedente³⁴. Señalaba que los jueces debían juzgar por las leyes y no por comparaciones³⁵. Por su parte, Machado, al comentar el Código Civil, rechazaba fervientemente la posibilidad de que el juez se viera forzado a aplicar lo que había sido resuelto en casos similares anteriores, en desmedro de su propio criterio. Sostenía que:

“Es un error creer que la jurisprudencia de los tribunales la forman una o varias decisiones conformes; este error ha llevado a nuestros tribunales hasta querer privar a los jueces de su libre facultad de interpretar la ley al aplicarla (...). No hay duda que merecen

de Justicia Colombiana”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, 2001, n° 35, pp. 145-179; GARRIDO GÓMEZ, M. I. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”, *Revista Ius et Praxis*, 2009, Año 15, n° 1, pp. 55-72; REQUEJO PAGÉS, J. L. “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1990, Año 10, n° 29, mayo-agosto, pp. 223-240.

(31) Cfr. BRAVO HURTADO, P. “Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile”, *diario El Mercurio*, publicado el 22 de julio de 2014, recuperado de https://www.academia.edu/7770387/Precedente_Vinculante_versus_Independencia_Judicial_en_Chile_Columna, última consulta el 17 de noviembre de 2020 y NÚÑEZ VAQUERO, Á. “¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incomprensión”, *Derecho PUCP*, 2020, n° 84, pp. 303-336.

(32) Entre los defensores de esta postura se encuentra IGARTÚA SALAVERRÍA, J. “El sometimiento del juez a la ley, la certeza y la fuerza vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2006, n° 40, pp. 59-78.

(33) Esta concepción era propia del derecho infraconstitucional, puesto que, en la interpretación constitucional y en la jurisprudencia de la Corte, por el contrario, una mayor influencia norteamericana abrazaba el uso del precedente. Cfr. PUGLIESE, M. R. “La administración de justicia”, en Academia Nacional de la Historia, *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 2001, t. V, p. 431.

(34) Ídem, p. 428.

(35) Ídem.

mucho respeto las decisiones de los tribunales de una nación; pero no deben considerarse como una regla superior que encadene y se imponga al espíritu de los demás jueces; es dentro de la libertad de interpretar una ley, que debemos buscar la autoridad que esa interpretación debe tener (...). Los tribunales, por alto que sean, no pueden encadenar el porvenir pretendiendo fijar con sus decisiones las reglas a las que deben ajustarse los casos que le sucederán”³⁶.

En las décadas siguientes, cuando el crecimiento poblacional y económico, con el consiguiente incremento de la litigiosidad, exigió la creación de nuevos tribunales y el aumento en el número de magistrados de los ya existentes, se volvió indispensable contar con mecanismos de uniformación de la jurisprudencia, que evitaran decisiones judiciales contradictorias. Así surgieron los fallos plenarios, para unificar la jurisprudencia en las cámaras de apelaciones³⁷. En tal escenario, quienes se oponían a la obligatoriedad de los fallos plenarios argumentaban que vulneraba la independencia judicial y llegaron incluso a calificar dicho sometimiento como una dictadura judicial³⁸.

Las palabras de BRUZZONE, para alegar la inconstitucionalidad de tal instituto, son las que mejor representan esta concepción, en la que, como se verá, subyace una idea de libertad absoluta de opinión en favor del juez:

“Afortunadamente los valores republicanos y democráticos se manifiestan en el espíritu rebelde de cada juez como dueño y soberano y en plenitud de la jurisdicción, que en cada acto debe ejercerla sin restricciones o condicionamientos externos o internos. La obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria es una manifestación, al interno del Poder Judicial, de ese condicionamiento a la independencia del juez, necesaria para poder cumplir con su trabajo. [Es preciso recordar] la importancia que tiene la opinión que un magistrado, en la soledad de su despacho, debe adoptar frente al caso que se le plantea

(36) MACHADO, J. O. *EXPOSICIÓN Y COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO*, BUENOS AIRES, 1898, t. I, pp. 50-51.

(37) En Argentina, los fallos plenarios están regulados en el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como mecanismo de unificación de la jurisprudencia contradictoria que pudiera existir en el seno de una cámara de apelaciones. En caso de contradicción, por la vía de autoconvocatoria de una de las salas o a partir de la interposición de un recurso de inaplicabilidad, la cámara en cuestión se reúne en pleno y resuelve cuál es la doctrina que, de allí en más, resultará obligatoria para todas sus salas y para los tribunales inferiores del fuero. Se trata del único caso de precedente obligatorio previsto, a nivel nacional, por medio de una norma escrita (aunque, por sus características, dista mucho de ser un “precedente” al estilo del *common law*).

(38) Cfr. SARTORIO, J. C. “La obligatoriedad de los fallos plenarios. Su inconstitucionalidad”, *La Ley*, 1959, t. 96, sección Doctrina, p. 807, nota al pie nº 3. Se señalaba, a su vez, la inconstitucionalidad de exigir a un juez que fallase de acuerdo con la interpretación del derecho de un tribunal superior, en el entendimiento de que tal exigencia violaba la independencia del juez, que hace a la esencia de nuestro sistema institucional. Cfr. GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1994, 2a ed., t. I.

*respondiendo exclusivamente a su juramento de respeto a las leyes de la Nación y a la Constitución Nacional y no a resoluciones de tribunales superiores*³⁹.

Esta concepción de independencia judicial, como libre arbitrio del juez “en la soledad de su despacho”, y del juez como dueño y soberano de su jurisdicción (que corre del escenario a las partes involucradas en el proceso) persiste en la práctica forense argentina. Se evidencia, en mayor medida, en el caso de las salas que conforman las cámaras de apelaciones, cuando invocan su libertad de criterio para repeler el precedente de otra sala que integra el mismo tribunal. Así es que, por ejemplo, en recientes sentencias de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal se sostuvo que “...la pretensión de hacer valer la solución adoptada en una causa -a su parecer análoga- por otra Sala del Fuero no puede ser acogida pues atenta contra el principio de libertad de criterio del que gozan los jueces, que debe ser resguardado y tutelado”⁴⁰. El voto minoritario en un plenario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata adhiere a esa línea de razonamiento, al oponerse a la obligatoriedad del plenario en el entendimiento de que debía prevalecer “la autonomía de criterio personal del juez como pieza insustituible del Estado constitucional de Derecho”, con invocación expresa de la libertad de cada juez “de pensar por sí mismo y de juzgar según su propio sentir”⁴¹.

La referencia al principio de libertad de criterio o al libre sentir del que gozan los jueces -al que se pretende resguardar y tutelar-, demuestra la perspectiva desde la que se aborda la independencia judicial en este contexto: es “algo” del juez, que hay que “resguardar” en su favor, para no alterar su “goce”. Ese algo es, si nos atenemos a la literalidad de la transcripción efectuada, su espíritu rebelde, su libertad de criterio y de interpretación. Esto permite que se invoque tal libertad, sin titubeos, para descartar la pretensión del justiciable “de hacer valer la solución adoptada en una causa análoga”.

(39) BRUZZONE, G. “Ecos del plenario ‘Kosuta’. La inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria: un problema de independencia interna del Poder Judicial”, *La Ley*, 2000-B, pp. 582-619. El destacado me pertenece.

(40) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, “Administración Baigún c/D.N.C.I. – Dispág. 118/13 - Ex. S01:334.471/11”, Expediente. n° 35159/2013, sentencia del 12/06/2014, considerando XV, inciso IV. El destacado me pertenece. En igual sentido, véanse CNACAF, Sala II, “Coronel, Oscar Euclides y otro c/E.N. - M° Justicia - S.S.I. - G.N. y otros s/personal militar y civil de las FF.AA. y de Seg.”, sentencia del 25/2/2014; “Lagomarsino, Alicia Susana y otro c/E.N. - INTI - Dispág. 209/04 y otros/empleo público”, Expediente n° 26134/2005, sentencia del 2 de mayo de 2017.

(41) Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, “Claro, Abel Ángel c/ U.N.L.PÁG. s/ revocación de acto administrativo”, Expte.18.014, fallo plenario del 16 de abril de 2013, del voto del Dr. Nogueira. En este caso, se advierte una peculiar conexión entre la “libertad de criterio” y el “libre sentir” del juez, que parece alejar la primera del sentido de juicio o discernimiento que se le atribuye en este trabajo (tal como se indicó al inicio) y la acerca, en cambio, a un inadecuado emotivismo o subjetivismo en la función judicial. Tal alejamiento implica, en consecuencia, que la sentencia -producto inmediato de esa “libertad de criterio”- se aleje de su esencia de acto racional de determinación de lo justo. Esto, pues su fundamentación deja de estar fundada en el derecho y en la lógica, para pasar a conectarse con la subjetividad. Agradezco esta precisión a un evaluador anónimo.

En suma, es evidente que en la doctrina y jurisprudencia mencionadas la independencia judicial no es concebida como una garantía de las partes, sino como una libertad de la que goza el juez, aun a costa del interés o la expectativa que la parte podría tener de recibir la misma solución aplicada en un caso análogo por una sala de la misma cámara.

La Corte Suprema, por su parte, invocó la libertad de criterio en materia de derecho común como impedimento para eliminar la contradicción existente entre tribunales de distinta jurisdicción⁴². Es menester destacar que, en estos casos, existe una limitación constitucional que impone respetar el federalismo e impide que la Corte ejerza la casación o dicte un precedente vinculante que menoscabase la aplicación local del derecho común reservada, en el artículo 75, inciso 12, a las provincias. De allí que la Corte defienda la interpretación judicial de los jueces locales por encima de la efectuada por ella misma (a menos, claro está, que con ocasión de la interpretación del derecho común se suscitase una cuestión federal o constitucional)⁴³.

En tal sentido, el máximo tribunal argentino rechazó su competencia para garantizar la unificación de la jurisprudencia de derecho común. Señaló que “la libertad de criterio de los jueces y la institución constitucional de órganos jurisdiccionales distintos y autónomos para la aplicación de normas comunes, con arreglo a las leyes que les asignan competencia, posibilita la emisión de resoluciones dispares, sin que ello dé lugar a la unificación federal por la Corte Suprema en materia de derecho común, con sustento en la garantía de igualdad”⁴⁴.

En cambio, en materia federal, donde la Corte Suprema es intérprete último y final, la jurisprudencia ha ido mutando hacia el reconocimiento de la primacía del precedente frente a la irrestricta libertad de criterio y, en especial, frente a la invocación de la independencia judicial como artilugio para evadir el seguimiento y respeto por su precedente.

En un principio, la Corte sostuvo que la libertad de criterio y las propias convicciones de los magistrados inferiores estaban por encima del deber de seguimiento

(42) “Que esta Corte ha establecido en diversos pronunciamientos que la contradicción que pueden ofrecer las decisiones judiciales emanadas de los distintos tribunales, no compromete la garantía constitucional de la igualdad porque es la consecuencia natural e inevitable del ejercicio de juzgar conforme el propio criterio (Fallos: 233:173 y otros posteriores)”. CSJN, *Fallos*, 239:51 (1957), “Braun y Linder”.

(43) Entiendo que lo contrario, es decir, admitir que la Corte ejerciera una función unificadora en materia de derecho común exigiría, a mi criterio, una reforma constitucional.

(44) CSJN, *Fallos*: 286:312 (1973), “Rojas, Severo Salvador c/ Club Hurling”. En igual sentido, véanse Fallos: 266:102 (1966), “Cortes Vela de Lante, Esmeralda y otros c/ Bertellys, Perfecto”; 265:301 (1966), “Meyer, Mario Isaac c/ Menghini, Emilio (1966); 262:142 (1965), “Ostti, Luis Antonio y otros c/ Rhodiaseta Argentina S.A.; 260:160 (1964), “Reznik, Alfredo”; 257:20 (1963), “Kihdir, Mohamed c/ Frigorífica Cía. Swift de La Plata S.A.”.

de su precedente. Señaló que “la facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores, no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio toda sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones”⁴⁵.

Sin embargo, cuando debió juzgar la obligatoriedad de su precedente, establecida por la Ley de Solidaridad Previsional⁴⁶, intentó compatibilizar la libertad de juicio o de criterio de los jueces con el establecimiento de un precedente vinculante. En ese sentido, señaló que el efecto vinculante de sus fallos en casos análogos no importaba “privar a los magistrados de apreciar con criterio propio las resoluciones del tribunal y apartarse de ellas cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal apartamiento hubiera sido debidamente fundado en razones novedosas y variadas”⁴⁷ y que “[l]a libertad de juicio de los magistrados en el ejercicio de sus funciones es tan incuestionable como la autoridad definitiva que tiene la interpretación de la Constitución Nacional por parte de la Corte Suprema, cuyo leal acatamiento es indispensable para la tranquilidad pública, la paz social y la estabilidad de las instituciones”⁴⁸. Esta fórmula, que sería replicada en casos ulteriores, deja en evidencia que el reconocimiento de cierta fuerza al precedente es tan importante como la libertad de juicio de los magistrados, por razones de estabilidad institucional. A su vez, la Corte afirmó que compeler a los jueces a seguir el precedente, a menos que tuvieran nuevos fundamentos para apartarse, no significaba privarlos de su libertad de criterio.

En el último tiempo, se ha fortalecido aún más (y refinado, en ciertos aspectos) el valor del precedente de la Corte Suprema. La doctrina del precedente delineada por la Corte consiste, a grandes rasgos, en que los tribunales inferiores deben conformar sus fallos a los precedentes de la Corte Suprema, aunque pueden apartarse de ellos si aportasen nuevos argumentos que no hubieran sido considerados con anterioridad⁴⁹.

(45) CSJN, *Fallos*: 131:105 (1920), “Ferrocarril del Sud c/ Pedro V. Draque y Compañía”.

(46) Ley 24463. Previó, en su artículo 19, que los fallos de la Corte serían de obligatorio seguimiento por los jueces inferiores en las causas análogas.

(47) CSJN, *Fallos*: 323:555, “González, Herminia del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad”, considerando 9°.

(48) Íd., considerando 10.

(49) Esta doctrina comenzó a desarrollarse a partir de los casos “Santín” (*Fallos*: 212:51 (1948)), “Balbuena” (*Fallos*: 303:1769 (1981)) y “Cerámica San Lorenzo” (*Fallos*: 307:1094 (1985)). Se encontrará un análisis exhaustivo de la doctrina del precedente de la Corte en GARAY, A. *LA DOCTRINA DEL Precedente de la Corte Suprema*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013; LEGARRE, S. *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2016; BIANCHI, A. “De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*)”, *El Derecho Constitucional*, 2001, pp. 335-347; BIANCHI, A. “*Stare decisis*”, en SACRISTÁN, Estela B. *Manual de Jurisprudencia y Doctrina*, La Ley, Buenos Aires, 2013,

Cabe destacar que, en primer lugar, ya no se hace referencia a la “libertad de criterio”, “criterio propio” o “propias convicciones” del juez, sino más bien a una justificación que sustentase el apartamiento, y que no hubiera sido ya desechada por el Máximo Tribunal. Asimismo, la Corte ha colocado una carga argumentativa calificada sobre quien pretenda la modificación de su precedente⁵⁰. Y en una sentencia muy reciente⁵¹, criticó con severidad el apartamiento reiterado de su precedente de parte de los tribunales inferiores, que afectaba el funcionamiento de todo un fuero, y ocasionaba un grave menoscabo a la seguridad e igualdad jurídicas, así como a la celeridad y economía procesal. Ello ha inspirado, incluso, la consagración, por primera vez, de un precedente vinculante en la parte resolutive de la sentencia, por medio del cual la interpretación que la Corte Suprema efectuó de un artículo del Código Penal se ha vuelto de seguimiento obligatorio para todos los tribunales inferiores de la Nación⁵².

En suma, es menester reconocer que la Corte ha sentado las bases de una doctrina del precedente que parece incompatible con una absoluta libertad de criterio y convicciones de cada juez⁵³. En los tribunales inferiores, no obstante, parece seguir vigente esta última concepción, tanto respecto del precedente horizontal, es decir, cuando se ven llamados a seguir el precedente que otra sala de la misma cámara de apelaciones hubiera dictado o un fallo plenario, como del precedente vertical, es decir, cuando se ven compelidos por un precedente de la Corte. La insubordinación de un fuero a la que hace referencia el máximo tribunal en el último caso citado da cuenta de ello.

pp. 425-445; SAGÜÉS, N. “La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema”, *LL-2008-E*, pp. 837-841.

(50) CSJN, “Arte Radiotelevisivo”, *Fallos*: 337:47 (2014), considerando 7°.

(51) CSJN CSJ 2148/2015/RH1, “Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo”, sentencia del 29 de diciembre del 2019.

(52) Es dable mencionar que hubo una disidencia parcial del ministro Rosenkrantz, quien sostuvo que la Corte no podía ejercer facultades casatorias.

(53) Sin perjuicio de ello, persiste en algunos de sus más recientes miembros la idea de que “una forma de independencia” de los jueces de primera o segunda instancia o de un miembro de un tribunal superior provincial es apartarse de la jurisprudencia constitucional de la Corte “si el juez no está convencido de que sea correcta esa jurisprudencia”. Así lo manifestó Argibay al ser consultada al respecto en audiencia pública ante la Comisión de Acuerdos del Senado de la Nación, celebrada con el fin de obtener la confirmación de su cargo como ministro de la Corte. Sostuvo, además que “Cualquier juez puede dar su opinión, y salvo que esa opinión sea absolutamente inconstitucional o en contra de las leyes, es tan respetable como las de los de la Corte”. Puede consultarse la versión taquigráfica de dicha audiencia aquí: https://www.cels.org.ar/common/documentos/acta_comision_acuerdos_sobre_argibay.pdf (en especial, véase p. 12), última consulta el 10 de marzo de 2021.

III.2. Brasil

Cuando comenzó a discutirse en Brasil la posibilidad de incorporar el precedente vinculante, la Asociación Brasileña de Abogados manifestó su oposición “por considerarla nociva a la independencia judicial”⁵⁴. En efecto, la Conferencia Nacional de la Asociación de Abogados declaró: “es necesario que los jueces permanezcan independientes, libres de constricciones económicas y jerárquicas. Por ello es que alertamos a la Nación en contra de las propuestas de reforma que reclaman atribuir un efecto vinculante a las decisiones de los tribunales superiores”⁵⁵.

Con el paso del tiempo, la adopción del precedente vinculante habría ganado el apoyo de los profesionales. Se sostuvo incluso que la reticencia inicial respondía, en realidad, al temor de los abogados de ver minado su trabajo debido a la disminución de apelaciones que traería aparejada un sistema de precedentes vinculantes⁵⁶.

En lo que a los jueces brasileños respecta, durante el debate sobre la incorporación del precedente vinculante, algunos manifestaron, al ser encuestados, que se oponían a él, entre otras cuestiones, por el peligro a la independencia judicial que acarrearía. No obstante, otra versión de los hechos postula que el verdadero motivo de los jueces inferiores para oponerse al precedente vinculante radicaba en que este podría opacar el mérito de las sentencias originales e innovadoras por medio de las cuales los jueces aspiran al ascenso en su carrera⁵⁷.

Lo cierto es que un reciente estudio comprueba que, entre los jueces de primera instancia, casi el 52% considera que el sistema de súmulas y precedentes vinculantes afecta la independencia del magistrado en la interpretación y aplicación de la ley. La respuesta fue semejante en los jueces de segunda instancia, mientras que, entre los jueces federales, solo el 34,5% cree que el precedente afecta la independencia. Mas el mismo estudio se ocupa de aclarar que, a pesar de que los jueces están divididos en su opinión sobre los efectos de la jurisprudencia vinculante en su autonomía decisoria, una “abrumadora mayoría” concuerda en que el sistema de súmulas o

(54) BALLARD, M. “El choque entre los jueces locales y la economía global: la política de reforma judicial en Brasil”, en BURGOS, G. S. (Ed.), *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Colección Textos de aquí y ahora, 1ª Edición: ILSA, Bogotá, 2003, p. 392.

(55) ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Conselho Federal, “Esboço de proposta de emenda à constituição para reforma do poder judiciário”, Brasília, 1997, p. 39.

(56) BALLARD, M. *OB. CIT.*, p. 392. Sería interesante investigar esto a fondo, pues mostraría no solo que la independencia judicial habría sido tan solo una pantalla argumentativa para esconder el verdadero interés profesional de los abogados, sino porque constituye un indicio de que el sistema de precedentes tiende efectivamente hacia una justicia más rápida y eficaz, con menos instancias y recursos y, consecuentemente, mejores sentencias.

(57) BALLARD, M. *OB. CIT.*, p. 394.

precedentes vinculantes garantiza mayor celeridad y seguridad jurídica y, por ende, mayor racionalización del poder judicial⁵⁸.

Más allá de cuáles fueron los verdaderos motivos subyacentes a la oposición al precedente de parte de los sectores especializados en Brasil, lo cierto es que la idea de afectación a la independencia judicial a raíz de la instauración de precedentes estuvo y sigue estando en el aire en la magistratura. Por ello, el análisis del escenario brasileño es propicio para señalar algunas cuestiones. En primer lugar, es evidente -y aquí no se postula lo contrario- que, si por independencia judicial se entiende libertad irrestricta de interpretación, la existencia de un precedente vinculante indudablemente afectará esa libertad: el magistrado ya no podrá aplicar la interpretación de la norma que él considera adecuada o correcta, sino que deberá estarse a la que hubiera efectuado (por ejemplo) el tribunal superior en un caso análogo. De allí la relevancia en despejar la confusión que puede haber en torno a qué es la independencia judicial y demostrar, precisamente, que ella no consiste en la libertad de criterio del juez, sino en la garantía que asiste a las partes de que el juez no será sometido a presiones indebidas para arribar a la solución del caso. En segundo lugar, no es un dato menor que incluso aquellos magistrados que reconocen que la independencia o autonomía del juzgador se ve afectada por el precedente, también admiten una ganancia consecuente en términos de seguridad jurídica, eficiencia judicial, racionalización de la justicia y, me permito agregar, igualdad jurídica.

Finalmente, no es posible pasar por alto que la propuesta de Cardoso (el por entonces presidente de la República de Brasil) en torno al precedente vinculante fue señalada como un ardid político para adoctrinar y limitar las decisiones de los tribunales inferiores⁵⁹. Si eso fuera cierto, se trataría de un caso en el que la independencia judicial interna se entrecruzó con la externa. Ello ameritaría un análisis del verdadero impacto que el establecimiento del precedente vinculante de una corte superior tiene sobre el ordenamiento jurídico, en la hipótesis de que esa corte estuviera manipulada o indebidamente influenciada por el poder político. Quizás, en esos casos, el precedente vinculante podría constituir un mecanismo de sometimiento. Aunque no es la hipótesis a la que se refiere este trabajo, vale aclarar que, en tal supuesto, la defensa de la independencia judicial se inspiraría en el legítimo interés de los magistrados de mantenerse impermeables a presiones políticas o de otro tipo, que llegan a ellos por intermedio de la corte superior. Tal defensa, a diferencia de los ejemplos proporcionados más arriba, no apelaría a la soberanía y arbitrio del juez para interpretar la norma en la soledad del despacho, en desmedro del interés de las partes y de la consideración de lo que sus colegas hubieran

(58) VIANNA, L. W. - CARVALHO, M. A. R. - BURGOS, M. B. *Quem somos. A magistratura que queremos*, Associação Magistrados Brasileiros, Río de Janeiro, 2018, p. 109.

(59) "Muchos sugirieron, en concreto, que Cardoso pudo haber apoyado el precedente vinculante a fin de impedir que los jueces inferiores estropearan las iniciativas de reforma tributaria centrales para el plan de rehabilitación económica del gobierno". BALLARD, M. OB. CIT., P. 408.

manifestado en casos análogos. Por el contrario, se erigiría para frenar verdaderas presiones indebidas.

A partir de lo analizado en el presente apartado, queda claro que la tensión entre precedente judicial vinculante e independencia judicial no puede ser resuelta desde la concepción de esta última como garantía del juez. Pero, además, la concepción de independencia judicial centrada en el juez desvirtúa su esencia, pues quita del centro a los verdaderos protagonistas del proceso: los justiciables⁶⁰.

La importancia del respeto a lo resuelto impone diluir esa tensión a través de una noción diversa de independencia judicial. Tal noción deberá garantizar, indudablemente, que el juez no sea indebidamente compelido, presionado o manipulado por otro juez para resolver de un modo u otro el caso que tiene ante sí, pero, a la vez, deberá reconocer que el seguimiento del precedente no constituye una indebida manipulación y que, por el contrario, atiende a la preservación de otras garantías judiciales, tales como el acceso a la justicia pronta y eficaz, y constitucionales, tales como la igualdad y la seguridad jurídicas. La respuesta debe buscarse en el análisis de la esencia y finalidad de la independencia judicial como garantía del debido proceso dirigida a las partes.

IV. El precedente no se opone a la independencia judicial

Existen distintos tópicos desde los cuales es posible argumentar que la independencia judicial y el precedente son institutos compatibles. Uno de ellos es la teoría de las fuentes del derecho y, concretamente, la postulación del precedente como fuente. En ese escenario, puede señalarse, por un lado, que la independencia judicial exige (y garantiza) que el juez se ataña únicamente al Derecho y, por el otro, que las injerencias indebidas son todas aquellas exógenas al Derecho. Ergo, si bien la independencia judicial interna protegerá al juez frente a la llamada telefónica o a la presión directa o indirecta de un colega para resolver un caso en determinado sentido⁶¹, no lo hará frente a lo que el colega hubiera explicitado en un precedente al que el ordenamiento le reconoce valor, porque ese precedente forma parte del Derecho y, en ese sentido, sujeta al juez.

Desde esta perspectiva, se afirma entonces que la garantía de independencia judicial se alcanza cuando el juez queda vinculado “al sistema de fuentes del derecho

(60) En este sentido, vale recordar el apartado I del Decálogo Iberoamericano para una Justicia de Calidad (aprobado en la XVI Cumbre Judicial), que reconoce a la persona usuaria como razón de ser de la justicia.

(61) El “telefonazo” es el ejemplo más concreto que brinda BRAVO HURTADO de esa intervención directa que interfiere con la independencia judicial. Cfr. BRAVO HURTADO, P. “Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile”, *diario El Mercurio*, publicado el 22 de julio de 2014, recuperado de https://www.academia.edu/7770387/Precedente_Vinculante_versus_Independencia_Judicial_en_Chile_Columna, última consulta el 17 de noviembre de 2020.

y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado”⁶². En tanto el precedente al que se la reconocido cierta fuerza forma parte del Derecho, no hay menoscabo a la independencia judicial cuando el juez debe seguirla; así como no lo hay cuando debe aplicar una ley en sentido formal, por más que no esté de acuerdo con ella o que, de haber podido participar en su redacción, hubiese adoptado un criterio distinto del que ella sugiere.

Con todo, este argumento presupone aceptar que el precedente forma parte de las fuentes del Derecho, lo cual abre las puertas a una disputa que ha demostrado ser fútil tanto para enmarcar la real importancia que el precedente posee en los ordenamientos jurídicos contemporáneos como para zanjar las divergencias en torno a su vinculatoriedad⁶³. En efecto, el debate del precedente dentro de la teoría de las fuentes del Derecho no suele llegar a buen puerto, toda vez que exige, de inicio, que los interlocutores estén de acuerdo en qué se entiende por “fuente” y por “Derecho”, términos que son por demás controvertidos y, sin duda, análogos⁶⁴. Por eso es que considero que esta, aunque es una vía argumentativa válida, no es la más fructífera para eliminar la tensión.

En otro orden, se debe tener en cuenta que el seguimiento del precedente no significa la aplicación ciega y el absoluto sometimiento al criterio del tribunal superior. En primer lugar, la aplicación del precedente queda sujeta a la circunstancia de que los hechos relevantes de ambos casos sean lo suficientemente análogos. Por lo que, si el juez considera que el caso, debido a su plataforma fáctica, exige otra solución en justicia, está habilitado a apartarse⁶⁵. En segundo lugar, no se trata de convertir al juez en una máquina y exigirle la aplicación mecánica y automática de un criterio impuesto. Por el contrario, incluso en los sistemas en los que es obligatorio que el

(62) Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-231 de 1994; T-123 de 1995; T-345 de 1996 y T-054 de 2003; BERNAL PULIDO, C. “El precedente en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, 2008, n° 21(1), p. 86.

(63) Sobre el particular, véase NÚÑEZ VAQUERO, Á. “Precedente en materia de hechos”, *Revista de Derecho*, 2018, vol. xxxi, n° 1, p. 59); FERRERES COMELLA, V. “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en FERRERES COMELLA V. - XIOL, J. A. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, 2ª ed, p. 49; GASCÓN ABELLÁN, M. “Rationality and (Self) Precedent: Brief Considerations Concerning the Grounding and Implications of the Rule of Self Precedent”, *Archiv für Recht und-Sozialphilosophie*, Beiheft, 2012, n° 133, p. 38, nota al pie n° 10.

(64) Cfr. CUETO RÚA, J. *Fuentes del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 13; CARRIÓ, G. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, 2. ed., pp. 110-111.

(65) Esto, en el *common law*, se conoce como la técnica del *distinguishing*. Se justifica porque, justamente, el seguimiento del precedente está basado en la similitud de los casos. Si existe un hecho relevante que los diferencia, pues entonces será justo, quizás, dar una solución diferente. Y es el juez quien debe efectuar esa valoración. Sobre esta técnica, véanse RAZ, J. *The Authority of Law. Essays of Law and Morality*, Oxford University Press, 2a ed., 2009, cap. X y MACCORMICK, D. N. “Why Cases have Rationes and What These Are”, en GOLDSTEIN, L. (Ed.), *Precedent in Law*, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 155-182.

juez siga el precedente, queda a salvo, en su favor, la posibilidad de dejar asentado su criterio u opinión en contrario. Y, en muchos casos, es deseable que así sea, pues eso podría favorecer la evolución del Derecho, cuando esas consideraciones tengan ocasión de ser evaluadas -en ese mismo caso o en otro ulterior- por los tribunales superiores. En tercer lugar, cabría plantear el caso del precedente manifiestamente injusto. En principio, si el precedente fuera tan injusto que la injusticia derivada de aplicarlo fuera mayor que la injusticia de apartarse de él, entonces el apartamiento quedaría justificado⁶⁶ aunque, claro está, por un fundamento muy distinto al del libre sentir del juez.

A su vez, el argumento de que el seguimiento del precedente menoscaba la libertad de criterio exigiría preguntarse si acaso todos los jueces de los sistemas jurídicos que se insertan en la tradición del *common law* -donde los precedentes son, a grandes rasgos, vinculantes- carecen de independencia. En otras palabras, la contraposición entre precedente vinculante e independencia judicial lleva al absurdo de afirmar que, en el *common law*, no existe la garantía de independencia judicial y, por ende, que no se configura el Estado de Derecho⁶⁷. Contra esto, cabría sostener incluso que es precisamente la adopción de la doctrina del precedente obligatorio la que garantiza, a largo plazo, la independencia judicial⁶⁸. En definitiva, los jueces constreñidos por el precedente no podrán ser fácilmente manipulados por el poder político ni se ven habilitados a resolver el caso por motivos personales o razones ideológicas o subjetivas.

Finalmente, inclina la balanza en favor del precedente la consideración de la carga que la independencia judicial, ejercida como libertad absoluta de criterio, colocaría sobre la parte. Esta se vería obligada a recurrir cada sentencia dictada bajo el manto de la libertad de juicio⁶⁹, con el objeto de que sea rectificadas por el tribunal superior, con las consecuentes obstaculizaciones a la eficiencia judicial y la justicia pronta.

(66) SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 96, artículo 4.

(67) “(...) (E)s realmente sorprendente. Solo imaginar que nos lleva al solemnísimos disparate de suponer que todo juez que ejerza en un orden jurídico que establezca el principio de *stare decisis*, todo juez inglés o americano, digamos, carece solo por ello de independencia, sería razón bastante para reconsiderarlo”. LAPORTA, F. “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”, en FERRERES, V. - XIOL, J. A. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, 2ª ed, p. 30.

(68) LEWIS F. P. JR. (1990). “Stare Decisis and Judicial Restraint”, *Washington & Lee Law Review*, 1990, vol. 47, n° 2, artículo 2, pp. 189-190.

(69) Parafraseando al ministro Fayt, en su voto en el caso Corte Suprema “Ponce” (CSJN, Fallos: 328:175 (2005)), analizado más arriba.

V. La independencia judicial como garantía del justiciable

Hasta aquí se han señalado diversos argumentos de peso en defensa del precedente y, en especial, en defensa de la compatibilidad entre el reconocimiento de fuerza al precedente y la independencia judicial. Este trabajo postula una reconsideración de la cuestión, que encabeza y fortalece tales argumentos, a partir del análisis de la independencia judicial desde la perspectiva del justiciable y del examen de su finalidad⁷⁰. La relación de este planteo con la esencia (causa formal) y finalidad (causa final) de la independencia judicial lo vuelve sustancial (y le otorga primacía en el orden lógico, respecto de los demás argumentos) para refutar la oposición entre precedente vinculante e independencia judicial.

La concepción de independencia judicial que aquí se postula parte de las siguientes preguntas: ¿A quién busca proteger, fundamentalmente, el reconocimiento de la independencia judicial? ¿Qué resultado se pretende al garantizar que una controversia jurídica sea resuelta por un juez independiente?

Las respuestas a dichos interrogantes se elaborarán a partir de los principios contenidos en instrumentos regionales tales como el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial y el Estatuto del Juez Iberoamericano. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en su artículo 1º, sostiene que

“Las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad, y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales”.

(70) Recientemente, se ha publicado un encomiable trabajo en el cual también se cuestiona (y refuta) el hecho de que el precedente vinculante menoscabe la independencia judicial (NÚÑEZ VAQUERO, Á. “¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incompreensión”, *Derecho PUCP*, 2020, n° 84, pp. 303-336). Dicho estudio parte del presupuesto de que la independencia judicial interna no es un fin en sí mismo, sino un medio para la consecución de dos fines: la separación de poderes (en tanto la independencia tendería a que no fuera doblegada la voluntad del legislador a través de la interpretación judicial) y la igualdad formal ante la ley. Es dable destacar que la perspectiva que aquí adopto -de la consideración del justiciable como protagonista del proceso judicial y sujeto protegido por las garantías del debido proceso- no se opone a la consideración de la igualdad como fin al que tiende la independencia judicial (no obstante, sí se descarta la legitimidad de la igualdad formal absoluta como fin legítimo, es decir, sin consideración del contenido material, es decir, de la justicia). Por el contrario, el cambio de mirada respecto del sujeto protegido que aquí se propone es el que permite echar por tierra la pretensión de que la independencia judicial equivale a libertad de criterio, entre otros motivos, por cuanto esa libertad podría vulnerar la igualdad y la seguridad, la coherencia y estabilidad, la celeridad y eficacia del poder judicial que le asisten. A su vez, ello se complementa con un fin superior al de la igualdad formal, como es la consecución de un resultado justo, la decisión justa (cfr. artículo 2º del Código Modelo). Con todo, parecería ser que ambos análisis arriban a la misma conclusión, aunque por caminos diversos: la independencia judicial no se ve minada por la existencia de un deber de seguir el precedente.

Como puede verse, lo paradigmático de esta redacción es que quita al juez del centro, para reemplazarlo por los ciudadanos y sus derechos a ser juzgados desde el ordenamiento jurídico, sin arbitrariedad y con respeto hacia sus derechos fundamentales. Este simple cambio de perspectiva es suficiente para desarmar la estructura argumentativa en relación con el precedente vinculante y su amenaza a la independencia judicial: ¿cómo podría defenderse, bajo la premisa de que la independencia judicial protege a la parte frente a la arbitrariedad y es una garantía de respeto de los valores constitucionales y de sus derechos fundamentales, que esa misma independencia se utilice para negar hoy lo que el mismo tribunal concedió ayer, bajo el único argumento de la “libertad de juicio” o de criterio del magistrado (o de la sala) que tocó en suerte? ¿Cómo podría obligársele a la parte a recurrir una sentencia que voluntariamente se aparta de lo que el tribunal superior ha resuelto en casos similares, por el simple hecho de que el juez eligió hacer primar su libertad de criterio?

Seguidamente, el artículo 2º del Código Modelo define al juez independiente como “aquel que determina, desde el derecho vigente, la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al derecho mismo”. Es evidente que la apelación al aspecto material (la decisión justa) que acompaña la independencia judicial no hace más que confirmar que esa independencia no podrá ser empleada en desmedro de la igualdad y seguridad jurídicas. Por lo demás, libera al juez de los factores ajenos al derecho, lo que excluye al precedente vinculante, que forma parte del ordenamiento jurídico.

Podrá argumentarse que el juez, al ejercer su independencia judicial con el objeto de aplicar lo que, a su criterio, es la decisión justa, no solo no estaría incumpliendo el Código Modelo, sino que estaría apegándose a él. Sin embargo, a esto cabría responder: por un lado, no es a la justicia como valor a lo que apelan quienes invocan la independencia judicial contra el seguimiento del precedente. Ya se ha visto que, por el contrario, lo que se invoca es, más bien, el libre arbitrio, el deseo o sentir, el libre criterio interpretativo del juez. Pero, además, por otro lado, lo cierto es que, en la mayoría de las cuestiones, lo justo está estrictamente relacionado con el respeto por lo ya resuelto, pues la modificación de lo ya establecido lleva ínsita, de por sí, una injusticia⁷¹. Por ello es que se dice que, en la mayoría de las cosas, es preferible que algo esté establecido a que esté establecido correctamente⁷².

(71) Máxime si se realiza con la certeza (o la seria probabilidad) de que ese apartamiento será revocado en una instancia superior.

(72) “*Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right”. Esta afirmación pertenece a una famosa disidencia del juez Brandeis, de la Suprema Corte de Estados Unidos, en el caso *Burnet v Colorado Oil & Gas Co.* (285 U.S. 393, 406-408 (1932)). El derecho, al versar sobre lo contingente (el obrar humano) no alcanza una certeza apodíctica; en muchos casos, las alternativas justas son varias y, una vez que se opta por una, lo justo es que esa se mantenga y no que la respuesta de la justicia como institución

Por su parte, el Estatuto del Juez Iberoamericano es aún más categórico. En su artículo 4º, bajo el título “Independencia interna”, señala expresamente que el precedente judicial vinculante no afecta la independencia judicial:

“En el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos”.

En esos términos debe interpretarse la independencia judicial. Como se dijo, es absurdo que, en su defensa, se justifique que dos personas en idénticas o similares situaciones reciban de la justicia respuestas contrarias (en el caso de los fallos plenarios, por ejemplo, en función de la subdivisión del tribunal que les hubiera tocado en suerte y de la opinión personal de los jueces que integran esa subdivisión). La independencia reconocida a los jueces que forman parte del poder judicial se orienta, precisamente, a que las partes puedan obtener un resultado justo para su pleito y que no existan presiones ni coacciones hacia los jueces que deben y tienen el poder de resolverlo. De allí que, si al aludir a la libertad de criterio se pone el foco únicamente en los jueces -sin importar si eso implica vulnerar seriamente la seguridad jurídica, la igualdad y la confianza en el ordenamiento jurídico-, se desdibuja completamente el sentido del sistema de justicia y se pierde de vista quiénes son sus verdaderos destinatarios.

De conformidad con lo señalado, la concepción de la independencia del juez desde la perspectiva de la parte y con la finalidad de la decisión justa diluye la tensión entre independencia y deber de sometimiento a lo resuelto por un tribunal superior⁷³. Está claro que la del Código Modelo no es una independencia judicial “distinta” de la contenida en la mayoría de las constituciones occidentales y tratados internacionales; se trata, en ambos casos, de un derecho o garantía que le asiste a

varíe de acuerdo con el juez que resuelve la causa. Sobre justicia y precedente, véase KOZEL, R. J. “STARE DECISIS AS JUDICIAL DOCTRINE”, *WASHINGTON & LEE LAW REVIEW*, 2010, VOL. 67, pp. 412-13.

(73) Podría pensarse que esto se opone a la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando señala, por ejemplo, que “la independencia judicial se traduce en el *derecho subjetivo* del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas” (Caso Camba Campos y otros vs. Ecuador, el destacado no pertenece al original). Sin embargo, la duda se diluye al distinguir la independencia judicial como “valor”, es decir, como objetivo a alcanzar, según el cual los jueces no deben estar sometidos a presiones para resolver los casos que tienen ante sí, y la independencia como “garantía”, que alude a los medios o instrumentos necesarios para alcanzar ese valor u objetivo. Esta distinción, que es efectuada por DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ ayuda a comprender que, si bien en ambos casos la independencia judicial debe ser interpretada y consagrada en favor de las partes del proceso, en ocasiones, esos instrumentos o medios para alcanzar aquel valor pueden generar, como efecto secundario, algún tipo de derecho o garantía en favor del juez, tal como la intangibilidad de su remuneración o, en aquel caso, la estabilidad de su cargo. Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, n° 34, p. 21.

toda persona. Sin embargo, al parecer, la simple mención de juez independiente no bastó para evitar que esa independencia fuera esgrimida en contra del precedente vinculante. De allí surge la necesidad de su revisión, tal como propone este trabajo.

Desde ya que los principios y estándares elaborados por la Cumbre Judicial Iberoamericana no son vinculantes, pero están llamados a constituir líneas directrices o modélicas para inspirar el dictado de códigos de ética en cada país⁷⁴. En este sentido, es conveniente la recepción -siempre adaptada al modelo jurisdiccional propio de cada ordenamiento jurídico-político⁷⁵- de estas precisiones referidas a la conducta judicial, tan caras al Estado de Derecho y que, en ocasiones, pueden resultar (y efectivamente resultan, como se ha visto) malinterpretadas, con los consecuentes resultados disvaliosos en términos de seguridad jurídica⁷⁶, igualdad, acceso a la justicia y confianza en la judicatura⁷⁷.

VI. Conclusión

La contraposición entre la independencia judicial y el precedente vinculante se desprende de un error conceptual que gira en torno a la primera, y que consiste en su caracterización como garantía o privilegio en favor del juez. Solo al definir la independencia judicial en esos términos -de libertad irrestricta de cada juez en la interpretación y el criterio que aplican al resolver sus casos- se genera una tensión entre ella y el seguimiento de lo resuelto en casos análogos. Sin embargo, no es esa su verdadera esencia ni finalidad. Tanto a nivel nacional como internacional ha sido consagrada, implícita o explícitamente, como garantía judicial en favor de las partes en el proceso.

(74) Es destacable la adhesión al Código Modelo, en Argentina, por parte de diversos tribunales superiores provinciales. Es el caso de la Corte de Justicia de Salta (Acordada 12128/16) y del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego (Resolución 3/19).

(75) Cada organización jurídico-política merece (y exige) sus propias reglas sobre independencia judicial, que estarán sujetas a múltiples factores propios del tipo de organización (v.g. la estructura judicial, el modo de designación de jueces, existencia de responsabilidad judicial y medios de hacerla efectiva). Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. "Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, n° 34, pp. 21-22. Por ejemplo, en la organización judicial argentina, sobre la base del federalismo y la división jurisdicción y de instancias, la limitación a la independencia judicial de un juez de primera instancia no tendrá la misma fuerza cuando se tratase de un precedente emanado de un juzgado de otra jurisdicción del país que cuando se tratase de la cámara de apelaciones de su fuero. Así como tampoco será el mismo sometimiento que existe respecto del precedente de la Corte Suprema o de un fallo plenario al que la propia ley dota de obligatoriedad.

(76) En favor del reconocimiento del precedente como forma de proteger la seguridad jurídica en América Latina, puede verse, en general, MARINONI, L. G. (2012). "El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica", *Revista Ius et Praxis*, año 18, n° 1, pp. 249-266.

(77) Sobre la crisis latinoamericana de confianza en las instituciones judiciales, véase ESTELLA DE NORIEGA, A. "Confianza institucional en América Latina: un análisis comparado", *Documentos de Trabajo*, n° 34 (2ª época), Fundación Carolina, Madrid, 2020.

Independencia *del* juez e independencia *para o en favor* del juez no son lo mismo. No obstante, la independencia judicial interpretada como privilegio del juez sigue estando vigente entre los opositores al reconocimiento del precedente, quienes incluso defienden la prevalencia del “libre sentir y pensar” de cada magistrado. De allí que la adopción de una concepción de independencia judicial protectoria de las partes (reales y potenciales) del proceso dispararía toda tensión que podría aparecer entre la independencia del juez y el precedente judicial.

El análisis de diversos instrumentos elaborados por la Cumbre Judicial Iberoamericana echa luz a la verdadera esencia y finalidad de la independencia judicial, y permite reconocerla como garantía del usuario de la justicia para la defensa de sus derechos fundamentales. Ese abordaje también evidencia que el justiciable es la razón de ser del sistema y que el proceso judicial tiene como fin la obtención de un resultado justo. Todo ello, en su conjunto, inspira un concepto diferente de independencia judicial interna, entendida como la ausencia de injerencia directa o interferencia indebida sobre el resultado del proceso. Ello deja incólume el valor del precedente judicial en cuanto instrumento de estabilidad, certeza e igualdad en el ordenamiento jurídico.

Al asumir que la independencia judicial existe en beneficio de las partes, queda en evidencia que, en muchos casos, resulta irrazonable (y arbitraria) su invocación como única justificación para ignorar o desdeñar lo que el propio tribunal (o uno superior) resolvió en un caso análogo. En otras palabras, el hecho de que el juez que salió sorteado en la causa interprete la norma de un modo distinto a como lo hubiera hecho, en un caso análogo, un juez de instancia superior o el mismo tribunal al que ese juez pertenece no es suficiente, *per se*, para justificar un apartamiento del precedente.

Lo antedicho no implica el reconocimiento de obligatoriedad absoluta del precedente, pero sí impone, cuanto menos, el rechazo a la libertad irrestricta de criterio de cada juez, en desmedro del modo en que se han resuelto controversias similares por parte de tribunales superiores o, incluso, del mismo tribunal al que el juez pertenece. Requiere, en suma, defender un piso mínimo de respeto hacia el precedente que obligue a fundar debidamente el apartamiento sobre la base de razones objetivas que vayan más allá del libre sentir del magistrado.

EL DESAFUERO DEL FUERO SINDICAL EN COLOMBIA*

THE BREAKING OF TRADE UNION IMMUNITY IN COLOMBIA

*Omar Ernesto Castro Guiza***
*Gustavo Adolfo Rubio-Rodríguez****
*Lucas Caballero Martínez*****
*Mario Heimer Flórez Guzmán******

Resumen: El propósito de este trabajo consiste en presentar una reflexión acerca de la naturaleza jurídica del fuero sindical en Colombia. Para ello, se contextualiza desde una perspectiva teórica los aspectos generales del fuero sindical a la luz del Código Sustantivo del Trabajo, y el proceso de fuero sindical a la luz del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, los cuales son presentados como primera y segunda parte, respectivamente. Se acudió al análisis documental o de contenido, donde se revisó la legislación que al respecto existe en Colombia; de igual forma, se recurrió a la teoría fundada, entendida ésta como un modo de hacer análisis. Finalmente, se llega a la conclusión que es necesario plantear estrategias que conduzcan a resolver los problemas que actualmente afronta el sector judicial en Colombia en materia de fuero sindical, a fin de propiciar unas relaciones laborales armónicas que conlleven al buen desarrollo social y económico de las partes.

* Trabajo recibido el 13 de noviembre de 2020 y aprobado para su publicación el 4 de marzo de 2021.

** Candidato a doctor en derecho. Profesor investigador, Universidad Cooperativa de Colombia - Ibagué.

*** PhD Administración y Gestión de Proyectos. Profesor Investigador, Universidad Cooperativa de Colombia - Ibagué.

**** Magister en educación. Profesor Investigador, Universidad Cooperativa de Colombia - Ibagué.

***** Doctorado en Ciencias de la Educación. Director del Centro de Investigaciones e Innovación de los Negocios.

Palabras-clave: Fuero sindical - Acción de levantamiento del fuero sindical - Acción de reintegro - Reinstalación o mejora - Empleadores - Trabajadores.

Abstract: The purpose of this work is to present a reflection on the legal nature of union immunity in Colombia. To this end, the general aspects of the trade union immunity are contextualized from a theoretical perspective in light of the Labor Code, and the trade union immunity process in the light of the Procedural Code of Labor and Social Security, which are presented as the first and second part, respectively. We went to the documentary or content analysis, where we reviewed the legislation that exists in Colombia in this regard; similarly, founded theory was used, understood as a way of doing analysis. Finally, it is concluded that it is necessary to propose strategies that lead to solve the problems currently faced by the judicial sector in Colombia in matters of trade union immunity, in order to promote harmonious labor relations that lead to the good social and economic development of the parts.

Keywords: Union law - Action to lift the trade union immunity - Reinstatement or reinstatement action - Employers - Workers.

Sumario: I. Introducción. II. Problema de investigación. III. Hipótesis. IV. Metodología. V. Análisis de la naturaleza jurídica del fuero sindical en Colombia. V.1 Primera parte: De los aspectos generales del fuero sindical a la luz del Código Sustantivo del Trabajo (CST). V.2 Segunda parte: Del proceso de fuero sindical a la luz del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social (CPTSS). VI. Conclusiones. VII. Referencias Bibliográficas.

I. Introducción

En Colombia se vulnera el derecho de fuero sindical que poseen algunos trabajadores, cuando quiera que, teniendo esa protección son despedidos, o desmejorados en sus condiciones de trabajo, o son trasladados a otros establecimientos de la misma empresa, o a un municipio distinto, sin que previamente el juez laboral lo autorice. Y por ello, ejercen su derecho de pertenecer a las organizaciones sindicales que en este campo prevé la ley, permitiendo por consiguiente al trabajador a ejercer estas acciones judiciales contra el empleador, que conduzcan a la recuperación, o reinstalación a su trabajo (García et al. 2017).

Por tanto, el empleador tiene a su favor una sola acción, consistente en el levantamiento de esa garantía para despedir, trasladar o desmejorar al trabajador (Ramírez y Rodríguez, 2015). Mientras que el trabajador lleva consigo dos acciones:

a la del despido o el reintegro, y a la del traslado o desmejora de la reinstalación (Ostau de Lafont de León, 2017). Empero, ambos deben ilustrarse muy bien sobre este conflicto laboral antes de poner en movimiento el aparato judicial, como es, estar al tanto del término que tienen para iniciar tales demandas, a fin de evitar la prescripción, junto con los fundamentos facticos y jurídicos que deben invocarse (Quiroga, 2017).

De otra parte, para conocer la naturaleza jurídica de esta investigación reflexiva del fuero sindical en Colombia, se hace necesario dividirla en dos partes: la primera se apoya en el campo del derecho laboral individual desde el artículo 405 hasta el 428 del Decreto Ley 2663 (Código Sustantivo del Trabajo) (1950), que tiene que ver con su génesis, evolución histórica y desarrollo, conceptos, clasificación, alcances, efectos y consecuencias. Todo en aras de saber si verdaderamente el fuero sindical es la garantía que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa.

La segunda parte tiene como basamento los diferentes momentos extraprocesales y procesales protagonizados por las partes en contienda, tanto en el escenario previo a las acciones judiciales como en éstas, y las bondades de las mismas si se hacen conforme a las normas pertinentes; y en caso contrario se prevendrán sus fatales consecuencias, para que empleadores y trabajadores no abusen de esa garantía, con el argumento de que mientras la ostenten pueden hacer lo que quieran: aquellos despidiendo a los trabajadores con fuero sindical; y éstos colocándose dentro de las causales de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador con justa causa (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

II. Problema de investigación

Tanto en Colombia como en todo el mundo, la pugna sindical ha presentado diversos tropiezos (Marticorena, 2015), toda vez que su espíritu está orientado a la protección de los derechos de los trabajadores, tanto del sector público como del privado en todos sus niveles (Rodríguez, 2018; Méndez, 2018; Pierre-Henry, 2016).

En este orden, la Constitución Política de Colombia (1991), reconoce los sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado, así como los “representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”. Igualmente, la legislación colombiana faculta a los trabajadores el derecho de asociarse, “sin autorización previa” en sindicatos de primer grado, en federaciones o confederaciones de segundo o tercer grado, tal como lo plantea el Código Sustantivo del Trabajo (1950), en sus artículos 353 y siguientes.

Dentro de esta prolija normatividad aparece el fuero sindical definido como “la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma

empresa o a un municipio distinto sin justa causa, previamente calificada por el Juez del trabajo” (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

Se reafirma así, que los trabajadores que forman parte de una organización sindical y están investidos de ese fuero no pueden ser despedidos ni desmejorados de sus condiciones laborales (Miraban, 2017; Calderón, 2014; Añez, 2016). Sin embargo, se ha evidenciado que en diferentes ocasiones esta normatividad, aunque ha sufrido múltiples reformas, sin perder su filosofía de protección a los trabajadores aforados, no se cumple, pues se les sigue despidiendo sin previa autorización judicial (Rosero, 2017).

En tal sentido, una vez se haya proferido un acto en contra de lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo en materia del fuero sindical, es decir, que un trabajador bajo este privilegio haya sido despedido, traslado o desmejorado, se inicia un proceso judicial que, en la mayoría de los casos, con fallo a favor del trabajador, el juez ordena su reintegro y le señala un término. Sin embargo, esta sentencia no se cumple por parte del sujeto pasivo, toda vez que lo dilata, lo pospone o simplemente no la acata, generando en consecuencia un desgaste en los estrados judiciales que va en detrimento del trabajador, y de esta manera debilita la fuerza sindical, generando en algunos casos pánico al despido, traslado o desmejora por parte de los trabajadores sindicalizados y aforados (Santiago, 2017).

De persistir esta situación, se presentan dificultades en la función judicial, dado que propicia y aumenta la congestión de los juzgados laborales y civiles del circuito, impulsando a los jueces de la República encargados de administrar justicia, a tomar decisiones erróneas que menoscaban la estabilidad laboral del trabajador, causando problemas de carácter social, y generando índices de desempleo, y dificultades de todo orden, trayendo como consecuencia entorpecimiento al desarrollo económico, personal y familiar de la clase trabajadora.

III. Hipótesis

La efectividad del fuero sindical como mecanismo de defensa, es una verdadera garantía para algunos trabajadores o para todos, según el fuero, de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin causa justa, previamente calificada por el juez del trabajo. Lo que significa que, si dicho mandato se quebranta por parte del empleador, el trabajador debe ser reintegrado, o reinstalado a su cargo, previo proceso judicial que debe adelantar; empero, en algunos casos el empleador no cumple este mandato judicial, alegando circunstancias ajenas a su propia voluntad.

IV. Metodología

El presente manuscrito utilizó un método de investigación descriptivo y explicativo, pues, de acuerdo a Hernández, Fernández y Baptista (2010:115), se refieren a que “los estudios descriptivos se centran en recolectar datos que muestran un evento, una comunidad, un fenómeno, hecho contexto o situación”. Para el efecto, se acudió por una parte a la revisión documental, haciendo énfasis en el análisis legislativo que sobre esta materia presenta el Estado Colombiano.

En la labor de recolección de información se apeló a fuentes primarias y secundarias. Las primarias constituidas por la Constitución Política de Colombia, las leyes, los decretos, los pronunciamientos de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, El Consejo de Estado, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los jueces laborales y civiles del circuito, y los documentos de centros académicos. En relación a las fuentes secundarias, estas proceden de documentos publicados por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las instituciones gubernamentales, los libros y artículos relacionados con este tema.

V. Análisis de la naturaleza jurídica del fuero sindical en Colombia

V.1 Primera parte: De los aspectos generales del fuero sindical a la luz del Código Sustantivo del Trabajo (CST)

Para tener un concepto claro del fuero sindical, es indispensable previamente definir la palabra fuero: (i) desde el punto de vista etimológico, la palabra fuero proviene del vocablo “fórum” que significa “lugar donde se aplica la justicia” (Torres y Alarcón, 2017). (ii) el Diccionario de la Real Academia Española (2018), expresa diferentes significados a este término, de los cuales se resalta: “Cada uno de los privilegios y exenciones que se conceden a una comunidad, a una provincia, a una ciudad o a una persona”; (iii) en materia laboral, el fuero significa proteger los intereses del sindicato; (iv) es el privilegio personal destinado a custodiar solo a los dirigentes; (v) es el punto de equilibrio que garantiza la armonía de las relaciones obrero-empleadores; (vi) en sentido general, el fuero se refiere a la protección especial que corresponde a ciertas personas por razón del cargo o del status que ocupa dentro de determinada organización; (vii) según la doctrina y la jurisprudencia, el fuero es un privilegio que el estado otorga a los dirigentes sindicales, con el fin de garantizar la estabilidad laboral; (viii) conforme a nuestra legislación colombiana, por primera vez el Decreto 2313 (1946) definió el fuero sindical como “la protección especial que el estado otorga a los miembros de todo sindicato en proceso de organización y de las directivas sindicales”; y, (ix) a voces de la normatividad actual, el fuero sindical “consiste en el derecho que les reconoce a no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa,

o a un municipio distinto sin autorización del juez competente”, concepto que es acorde con el del Código Sustantivo de Trabajo (CST) en el artículo 405.

En tal sentido, se puede asociar el concepto de fuero como cierta exención, licencia, exoneración o facultad que gozan algunas personas por alguna razón o circunstancia claramente definida (Leiva, Jiménez y Meneses, 2019).

De otra parte, en consonancia con Escudero (1993), citado por Krüger (2003:16), se define como “una garantía de no poder ser despedido el trabajador mientras se encuentre cubierto por este privilegio”, cuyo valor epistemológico se acentúa con lo expresado por Baca (1993) citado por Krüger (2003), cuando afirma que el fuero sindical consiste en “otorgar estabilidad laboral a los representantes sindicales durante y después de su ejercicio de su función representativa” (p. 17).

Con claridad meridiana se puede decir que, teniendo en cuenta los conceptos anteriores, se han cumplido los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley para la constitución y organización de un sindicato, federación o confederación, conforme lo estipula el CST desde el artículo 353 hasta el 426. Igualmente, se le ha reconocido la personería jurídica y se le ha inscrito en el registro sindical, obteniendo así la personalidad jurídica, para lo cual se siguieron todos los pasos desde el artículo 363 hasta el 372 de esta misma codificación, incluyendo sus facultades y funciones sindicales consagradas en los artículos 373 y 374, así como las prohibiciones y sanciones vistas en los artículos 378 y 379 con el procedimiento del 380 de esta misma normatividad.

Pero, ¿qué ocurre con los trabajadores que hicieron posible el nacimiento de ese sindicato, federación, o confederación, es decir, los fundadores, y los que empezaron a dirigirlos para que lograran existir y subsistir? Para ellos la ley estableció un amparo, garantía o protección llamado fuero sindical, consagrado desde los artículos 405 hasta el 413 del CST, en armonía con los del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) - (Decreto-Ley 2158) (1948), desde el artículo 112 hasta el 118B.

En concordancia con este marco normativo, del Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, expedido bajo el número 1072, de mayo 26 de 2015, capítulo 8, artículo 2.2.2.8.1., se infiere que además del Ministerio del Trabajo y el empleador, agregó un nuevo sujeto procesal activo como es el liquidador, al señalar que, “dispuesta la supresión de cargos de la entidad en liquidación conforme lo prevé el artículo 8º del Decreto-Ley 254 de 2000, el liquidador procederá a solicitar permiso al juez laboral, para retirar a los servidores amparados por el fuero sindical, cuyo término prescriptivo comenzará a partir del día siguiente al de la publicación del acto que ordena la liquidación del cargo”.

También es vinculante mencionar, que los sindicatos se definen como una “expresión de los intereses específicos de los trabajadores en la sociedad industrial” (Godio, 2010), premisa que pone de manifiesto la idea general que se tiene de este

término, a la vez que induce a pensar que como tal es una forma de organización social, conformada por los trabajadores de una empresa, con el propósito de proteger a los trabajadores y que nacen del “inevitable conflicto entre el capital y trabajo” (Restrepo, y Botero, 2018). Estas organizaciones han tenido una evolución a lo largo del tiempo, considerándose, por consiguiente, “la organización más exitosa del siglo XX” de acuerdo con Druker (1992), citado por Godio (2010).

En este orden, en consideración de la Organización Internacional del Trabajo (1995), existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y, considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas.

Bajo este panorama, se hizo necesaria la organización de los trabajadores en agremiaciones con el fin de defender los derechos descritos anteriormente (Cóndor, 2016; Barroso, 2017; Aguado, 2013). Posteriormente, se hizo necesaria la protección de los líderes gremiales dado el grado de vulnerabilidad de sus derechos, que en otras instancias se esté presentando, a través del fuero, definido este como “cada uno de los privilegios y exenciones que se conceden a una provincia, a una ciudad o a una persona” (Real Academia Española, 2018). Para el tema de este estudio se referencia a las personas, dando lugar entonces al fuero sindical, reconocido como la inmunidad de que gozan los líderes sindicales por ejercer su función sindical orientada a la protección de los derechos de los trabajadores (Rojas, 2017). En este sentido, la institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial, que el Estado otorga a los sindicatos y a sus afiliados que gozan del fuero sindical para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete (Merino, y Mora, 2018).

Así las cosas, a estas alturas considerase que es necesario conocer con exactitud cuáles son los trabajadores de una empresa estatal o privada que están amparados por el fuero sindical y cuáles no, a fin de evitar equívocos imperdonables, toda vez que en algunos pasajes de estas líneas se hiciera alusión a que el fuero sindical es “la garantía de que gozan algunos trabajadores” (Navarro, 2017), porque así reza el inicio del artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, pero también se acotó que de esa garantía gozan todos los trabajadores y la propia institucional sindical.

Evolución legislativa del fuero sindical en Colombia

La legislación colombiana considera el fuero sindical como un privilegio establecido solo en beneficio de algunos trabajadores (Ostau de Lafont de León, 2017), lo cual se desprende de los textos que precedieron al que hoy está vigente, y que consagra el derecho de fuero. Para su comprensión se distinguirá desde estos dos puntos de vista:

Evolución Sustantiva

1. El Decreto 2350 de 1944, artículo 18, por primera vez estableció esta garantía a favor de los trabajadores que se constituyeran en organización sindical, los cuales no podían ser despedidos o despojados por el extinto Tribunal Supremo del Trabajo.

2. La Ley 6° de 1945, en el artículo 40 previó una medida de similar naturaleza, con algunas modificaciones como éstas:

- a) Que la constitución del sindicato debía hacerse saber al patrono directamente.
- b) Fijaba el mandato de los directivos en un término no inferior a seis meses.
- c) Admitía la posibilidad de aplicar medidas disciplinarias, previo algunos requisitos.
- d) Advertía que este fuero no regía para empleados públicos, trabajadores del sector privado con cargos de dirección o representación del patrono.

3. El decreto Reglamentario 2313 de 1946 en su artículo 67 señaló los fundamentos del fuero sindical al señalarlo como “la protección legal y especial que el Estado otorga a los miembros de todos los sindicatos en proceso de formación y a la directiva central”.

4. Los Decretos 2663 y 3743 que conforman hoy el Código Sustantivo del Trabajo, acogidos como legislación permanente por la ley 141 de 1961, reglamentaron los aspectos sustanciales del fuero sindical, y en su artículo 405 modificado por el Decreto 204 de 1957, artículo 1° textualmente reza: “Se denomina fuero sindical la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”.

Evolución procesal

1. El Decreto 2158 de 1948, modificado por la Ley 712 de 2001, llamado Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), consagró el procedimiento para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, para desmejorarlo

en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, o para reintegrarlo, o reinstalarlo a su trabajo.

2. El Decreto 616 de 1954 modificó algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo, con clara incidencia en el trámite del fuero sindical a surtirse ante la jurisdicción laboral.

3. El Decreto 204 de 1957 en su artículo 1° que modificó el 405 del CST, define el fuero sindical en su parte sustantiva; y el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS) en sus artículos 2° a 118 B determina el procedimiento que debe seguirse.

4. La Constitución Política de Colombia, consagra el fuero sindical en su artículo 39, inciso 4 de la siguiente manera: “Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”.

De acuerdo con Biondi (2013:25), para el caso de Nicaragua, “El fuero no debe estar limitado a impedir la terminación del contrato de trabajo, sino también a la modificación de las condiciones en que se ejecuta”. En otro aparte, en el mismo documento, se asegura que en Panamá los convenios colectivos reconocen y, en ocasiones, mejoran las condiciones de trabajo especiales que la legislación laboral y la propia Constitución Política otorgan a la mujer embarazada en aspectos tales como la licencia por maternidad, derecho de lactancia y fuero desde el reintegro, suscitando a pensar que la filosofía del fuero sindical es idéntica tanto en Centroamérica como en Colombia extendiéndose por todos los países de habla hispana.

V. 2 Segunda parte: Del proceso de fuero sindical a la luz del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social (CPTSS)

Acciones judiciales de fuero sindical, derivadas del artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), modificado por el artículo 1° del decreto 204 de 1957

Recapitulando, se tiene que de la lectura del precitado artículo 405, y conforme a la jurisprudencia y la doctrina se derivan tres clases de acciones, que son: una a favor del empleador; y, dos en cabeza del trabajador. Sobre la primera, es decir, del empleador, la ley coloca la acción del levantamiento del fuero sindical, cuyo procedimiento señalan los artículos 113 a 118B del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS). Esta acción tiene dos fines prácticos: a) el despido; y, b) el traslado; y, uno teórico, que es el desmejoramiento de las condiciones laborales. Téngase en cuenta al liquidador para iniciar esta acción a voces del Decreto Único Reglamentario del sector Trabajo, número 1072 de mayo 26 de 2015, capítulo 8, artículo 2.2.2.8.1, al cual se hizo referencia precedentemente.

Y sobre la segunda, es decir, del trabajador, la ley coloca dos acciones: i) a la del despido, la acción de reintegro; y, ii) a la del traslado o desmejora, la acción de

reinstalación, para que lo devuelva a su sitio de trabajo, o a las condiciones laborales que tenía antes del desmejoramiento, para que cese la desmejora. En ambos casos el término de prescripción es de dos meses, al tenor de lo dispuesto en el artículo 118A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS).

Acción de levantamiento del fuero sindical

Ésta solamente la ejerce el titular del derecho subjetivo, es decir, el empleador ante los jueces laborales o civiles del circuito, en pos de que le otorgue permiso para despedir, trasladar o desmejorar a un trabajador protegido por esa garantía.

No obstante, si un trabajador goza del fuero sindical, su contrato de trabajo puede darse por terminado sin que haya lugar a levantarlo, de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo con los artículos siguientes: a) el 411 enumera los casos en que el contrato de trabajo puede terminar unilateralmente sin que sea menester contar con esta autorización judicial: (i) cuando se pacta para la realización de una obra o labor determinada; (ii) para la ejecución de un contrato accidental, ocasional o transitorio; (iii) por mutuo consentimiento; y, (iv) por sentencia judicial. b) el artículo 412 agrega que las simples suspensiones del contrato de trabajo no requieren intervención judicial; y, c) el artículo 413 señala que el fuero sindical no impide aplicar al trabajador que goce de ese aforo, las sanciones disciplinarias distintas del despido por violación a cualquiera de las prescripciones legales o del reglamento interno de trabajo.

¿Qué debe probar el empleador para que prospere dicha acción? La respuesta se ilustra en el artículo 408 de la normatividad sustantiva, es decir, debe probar la existencia de una justa causa. Aquí, se encuentran las tres acciones: el despido, la desmejora y el traslado, pero siempre que “comprobare la existencia de una justa causa”, como dice la parte final de la precitada norma. Y las justas causas están consagradas en el artículo 410 del CST, así: en cuanto al literal a) se remite al artículo 61 literales e) y f). Y en cuanto al literal b) se refiere a los artículos 62 y 63 de esta misma codificación: causales de terminación del contrato de trabajo a trabajadores amparados por el fuero sindical.

En el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001, se lee que, la demanda del empleador peticionando el levantamiento del fuero sindical, debe reunir los requisitos de los artículos 25 a 28 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sin que sea necesario señalar la cuantía, por tratarse de un proceso especial. “Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical” (CPTSS art.113 in fine).

Presentada la demanda, el juez debe ejercer sobre ella el control del artículo 28: admitirla, inadmitirla o rechazarla. Si decide lo primero ordenará tramitarla a la luz del artículo 114 del CPTSS, de la siguiente manera: (i) notificar personalmente

al demandado o demandados y correrles traslado; (ii) notificar de la misma forma al presidente del sindicato al que esté afiliado el trabajador; (iii) citar a las partes para audiencia que tendrá lugar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de aquellos; (iv) si notificadas las partes de la fecha de la audiencia y no concurrieren, el juez decidirá con los elementos de juicio que tenga; (v) en esa audiencia se debe contestar oralmente la demanda a través de apoderado judicial; (vi) proponer excepciones previas, mixtas y de mérito o de fondo; (vii) presentar todos los medios de defensa que crea tener a su favor; (viii) acto seguido dentro de la misma audiencia se decretarán y practicarán las pruebas, y se convocará a las partes para llevar a cabo la audiencia de juzgamiento, en la cual se dictará la sentencia; (ix) en caso de no poder concluir con este momento procesal, se convocará para una nueva audiencia; (x) la sentencia será apelable en el efecto suspensivo; (xi) si esto ocurriere, el tribunal debe resolver de plano dentro del término de ley; (xii) contra ésta no cabe ningún recurso; y, (xiii) que el término de prescripción es de dos meses, contados “desde la fecha en que se tuvo conocimiento del hecho que invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario” (CPTSS, Art. 118A). Es importante señalar que en este proceso no hay conciliación a menos que sea propuesta por el trabajador aforado, el sindicato pertinente y el empleador de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En todo caso, la realización de la conciliatoria no será obligatoria, sino voluntaria, si es propuesta de común acuerdo por las partes.

Si prosperan las pretensiones del empleador en este proceso especial se levantará el fuero, se le notificará al empleador para que proceda de conformidad, y al Ministerio del Trabajo para lo de su cargo. Ahora, si el resultado lo desfavorece, por cuanto no demostró la justa o justas causas invocadas, el juez debe negar el permiso para despedir, trasladar o desmejorar, y lo mismo ocurrirá cuando la calidad de aforado del trabajador no logre probarse en el proceso.

Acción de reintegro

Ésta cabalga sobre los mismos fundamentos de forma y fondo de la anterior, de la cual hay que decir: a) que el trámite es el mismo; b) que el contenido de la sentencia es diferente a la anterior; c) que si se demuestra que el trabajador fue despedido estando protegido por el fuero sindical, o que el empleador no desvirtuó la afirmación de la justa causa del despido, sin el permiso judicial, se debe disponer su reintegro y el pago a título de indemnización de los salarios dejados de percibir por causa del despido; d) que en esta clase de procesos no se discute la justa causa del despido, sino, la ausencia del permiso judicial para hacerlo; y, e) que el término prescriptivo es de dos meses como la anterior, a partir de la fecha del despido, traslado o desmejora.

Acción de reinstalación

El sendero procesal es igual al de las dos acciones anteriores, desde luego si cumple con los requisitos previamente establecidos por la ley para admitirla, además, si demuestra su aforo sindical. En tratándose de la ilegalidad del traslado del trabajador, en la sentencia se ordenará su restitución al lugar donde antes prestaba sus servicios. Ahora, si al trabajador se le ha desmejorado en sus condiciones laborales, la restitución se hará a sus anteriores condiciones de trabajo, además de la indemnización de perjuicios, los cuales deben liquidarse.

Obligaciones de dar y hacer a cargo del empleador, derivadas del fuero sindical

En las acciones de fuero sindical en cabeza del trabajador: reintegro y reinstalación (traslado o desmejora), las decisiones judiciales respecto de las mismas, conllevan obligaciones de dar y hacer, las cuales generan a su vez perjuicios moratorios y compensatorios. Son del linaje de las primeras, (dar), “el pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador durante el tiempo en que el contrato de trabajo estuvo interrumpido por causa del injusto o ilegal despido” (Vallejo, 2014:309). Y de las segundas (hacer), la de reintegrar al trabajador a su empleo en las mismas condiciones laborales que tenía al momento de su desvinculación. En ésta, el empleador puede verse abocado a cumplir con el reintegro, en la cual se le señaló el término para hacerlo y no lo hizo. En este caso, el trabajador pudo haber recibido perjuicios por el retardo del empleador en reintegrarlo, diferente a los salarios dejados de percibir, y puede optar por el pago de perjuicios moratorios. La segunda situación por la cual el empleador puede elegir, es que no cumpla con la obligación de reintegrar al trabajador, situación que le otorga la posibilidad de optar por los perjuicios compensatorios.

Respecto de la obligación de reintegro, vale decir, la del linaje de las primeras, el artículo 426 del Código General del Proceso -CGP- (Ley 1564 de 2012), autoriza al acreedor a solicitar simultáneamente con la obligación de reintegrar, que la ejecución se extienda a los perjuicios moratorios desde que esa obligación se hizo exigible hasta que se efectuó el reintegro. Tales perjuicios no se pueden confundir con los salarios dejados de percibir, toda vez que sus causas son diferentes: los perjuicios en la de los salarios dejados de percibir es la mora del empleador en reintegrar al trabajador, y por ende se trata de perjuicios moratorios; en cambio, los perjuicios que se causan cuando el empleador incumple la obligación de reintegrar al trabajador, se denominan perjuicios compensatorios. En suma: (i) ejecución por perjuicios moratorios, es cuando al empleador se le ordena reintegrar al trabajador y se retarda en hacerlo; y, (ii) ejecución por perjuicios compensatorios, es cuando el empleador no cumple con la obligación de reintegrar.

Vistas estas circunstancias de manera práctica, se propone que, junto con la pretensión principal de reintegro, se invoquen subsidiariamente las pretensiones por perjuicios moratorios y compensatorios; si no se hace así, puede ocurrir que el empleador incumpla el reintegro como petición principal y el proceso concluya a su favor, a voces del inciso tercero del artículo 428 del CGP, por ausencia petitoria de los perjuicios mencionados.

En lo que respecta con los servidores del estado en su calidad de empleados públicos, si se trata de levantamiento del fuero sindical, se sigue el mismo procedimiento como si se tratara de un trabajador oficial o del sector privado, siendo la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Seguridad Social. Pero, si el empleado público ha sido declarado insubsistente, no se le aplica la normatividad precitada, sino, que la competencia es de la jurisdicción contenciosa administrativa, invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro meses siguientes a su publicación, para evitar su caducidad, de conformidad con lo expresado en los artículos 138 y 164, numeral 2, Literal d) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Prescripción de las acciones derivadas del fuero sindical

Los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), consagran la regla general de prescripción extintiva o liberatoria de las acciones laborales de tres años, “que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”. Esta misma norma al final de su párrafo primero, hace alusión a las prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo, como son las acciones del fuero sindical que es de dos meses. Por su parte el artículo 489 del citado Código Laboral, se refiere a la interrupción de la prescripción de estas acciones laborales de carácter general. En tanto que, del término prescriptivo de las acciones laborales del fuero sindical de dos meses, se menciona la suspensión cuando está pendiente el agotamiento de la reclamación administrativa, tal como lo predicen al unísono los incisos segundos de los artículos 6° y 118A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS).

Por su parte, los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo (CST) y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), están direccionados a la interrupción de la prescripción de las acciones laborales de carácter general; mientras que los artículos 6° y 118A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CPTSS), hacen alusión a la suspensión del término prescriptivo de las acciones especiales del fuero sindical. Lo anterior, significa que, del contenido gramatical de la norma, se colige que la ley laboral otorgó los efectos propios de la “interrupción” a la “suspensión”, cuando menciona que: “Culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, co-

menzará a contarse nuevamente el término de dos (2) meses”. En fin, los términos interrupción y suspensión se utilizan indistintamente frente a la prescripción de carácter general o especial.

VI. Conclusiones

Se espera entonces que de acuerdo a lo comentado hasta el momento, empleadores y trabajadores incurran en este litigio, reflexionen, se ilustren y se asesoren muy bien antes de poner en movimiento el aparato jurisdiccional, para no correr el riesgo de atemperar su afán en el desconocimiento de las normas tanto supraleales como legales, y demás ordenamientos vigentes en la materia, toda vez que del espíritu del legislador se razona que no cabe ningún método alternativo para solucionar este conflicto, como sería la conciliación. Sin embargo, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y la doctrina nacional al unísono, han pregonado el evento para su realización, solo en el caso de que las partes la soliciten de común acuerdo.

Como corolario de lo expuesto, se pretende que, a través de este trabajo, tanto empleadores como trabajadores recapaciten sobre las consecuencias que contrae este conflicto del fuero sindical, cuando no se está preparado para afrontarlo. Ante este hecho, es aconsejable buscar asesoramiento o un arreglo amigable, como también dejar la arrogancia, con el único interés de evitar cometer un desafuero frente al fuero sindical. Si, a esta coraza se le entendiera como la verdadera garantía de que gozan “algunos trabajadores”, y se le aprovechara al máximo, un solo clima laboral reinaría en los lugares de trabajo, caracterizado por un equilibrio social y una estabilidad laboral.

VII. Referencias Bibliográficas

AGUADO, J. (2013). “La responsabilidad social corporativa y el desarrollo local: una aproximación en tiempos de crisis”, *Prisma Social: revista de investigación social*, (10), 119-156.

AÑEZ, C. (2016). “Flexibilidad laboral: ¿fin del trabajo permanente?”, *Telos: Revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 18 (2), 250-265.

BARROSO, M. (2017). “Crisis y trabajo. Un análisis de las políticas laborales de emergencia en Portugal, España y Grecia”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 158, 3-22.

BIONDI, A. (2013). “Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América latina y Caribe”, *Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas*. Recuperado de https://www.ilo.org/actrav/info/pubs/WCMS_230682/lang--es/index.htm

CALDERÓN, M. (2014). “Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia”, *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 71-97.

Colombia, Congreso de la República. Decreto Ley 2350 (30 de septiembre de 1944). Por el cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 1944. No. 25.679.

Colombia, Congreso de la República. Ley 6 (19 de febrero de 1945). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 1945. No. 25.790.

Colombia, Congreso de la República. Decreto-Ley 2158 (Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) (24 de junio de 1948). Sobre procedimiento en los juicios del trabajo. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 1948. No. 26.773.

Colombia, Congreso de la República. Decreto Ley 2663 (5 de agosto de 1950). Código sustantivo del trabajo. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 1950. No. 27.407.

Colombia, Ministerio de Gobierno. Decreto 616 (26 de febrero de 1954). Por el cual se modifican los Códigos Sustantivo y Procesal del Trabajo. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 1954. No. 28.424.

Colombia, Ministerio de Gobierno. Decreto 204 (6 de septiembre de 1957). Por el cual se dictan normas sobre el fuero sindical. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 1957. No. 29.516.

Colombia, Congreso de la República. Ley 141 (16 de diciembre de 1961). *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 1961. No. 30.694

Colombia, Congreso de la República. Ley 712 (5 de diciembre de 2001). Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 2001. No. 44.640.

Colombia, Congreso de la República. Ley 1437 (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 2012. No. 47.956.

Colombia, Congreso de la República. Ley 1564 (12 de julio de 2012). Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*. Bogotá, D. C., 2012. No. 48.489.

Colombia, Ministerio del Trabajo. Decreto 1072 (26 de mayo de 2015). Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

CÓNDOR, M. (2016). "Los derechos de la naturaleza en la constitución de la república del Ecuador", *Revista Republicana*, 20(20), 207-224.

Constitución Política de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá, Colombia. 6 de julio de 1991.

GARCÍA, J. - ARÁNTZAZU PALACIO, V. - SALIDO, J. - BARCELÓ, J. *et al.* (2017). *Manual de derecho sindical*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

GODIO, J. (2010). Los sindicatos en Argentina y el Mundo: una mirada desde sus orígenes y Mutaciones hasta la globalización. *Revista Aulas y Andamios*, (6), 4-9. Recuperado de http://www.fundacion.uocra.org/online/revista_12.pdf

HERNÁNDEZ, R. - Fernández, C. - BAPTISTA, M. (2010). *Metodología de la Investigación*. México: McGraw Hill.

KRÜGERSARMIENTO, Ch. (2003). *Revisión del Código Sustantivo del Trabajo*. Tesis de pregrado. Universidad de la Sabana, Bogotá.

LEIVA, E., JIMÉNEZ, G. - MENESES, O. (2019). “Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo”, *Revista Derecho del Estado*, (42), 149-180.

MARTICORENA, C. (2015). “Revitalización” sindical y negociación colectiva en Argentina (2003-2011)”, *Perfiles latinoamericanos*, 23(46), 173-195.

MÉNDEZ, M. (2018). “Constitución de un sindicato de docentes en una institución de educación superior”, *Calidad en la Educación*, (28), 134-138.

MERINO, A. - MORA, L. (2018). “Participación democrática y justicia universal: La experiencia del Tribunal Internacional de Libertad Sindical en México”, *Alegatos*, 25(78), 571-588.

MIRABAN, I. (2017). “La negociación colectiva en Venezuela bajo una profunda crisis normativa y jurisprudencial”, *Gaceta Laboral*, 23(1), 48-76.

NAVARRO, A. (2017). “Trabajo decente: análisis de las condiciones laborales en la ciudad de Concepción, Paraguay”, *Revista MERCOSUR de Políticas Sociales*, 1, 205-222.

Organización Internacional del Trabajo (1995). Textos constitucionales de la OIT Relativos a la libertad sindical y a la negociación colectiva. Recuperado de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087999.pdf

OSTAU de LAFONT de LEÓN, F. (2017). “Criterios concluyentes sobre el derecho de asociación sindical en Colombia”, *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

OSTAU de LAFONT de LEÓN, F. (2017). “Precedentes de la legislación laboral colombiana sobre el derecho de asociación sindical”, *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

PIERRE-HENRY, C. (2016). “Negociación colectiva en Colombia: una visión cruzada entre el sector público y el sector privado”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 167-202.

QUIROGA, M. (2017). “Conciliación laboral”, *Letras Jurídicas*, 11(11), 1-17

RAMÍREZ, F. - RODRÍGUEZ, B. (2015). *La estabilidad laboral de los directivos sindicales de las instituciones del estado*. Tesis doctoral. Universidad de El Salvador, San Salvador.

Real Academia Española (2018). Diccionario de la lengua española (versión electrónica 23.2). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=CFOSXVX>

RESTREPO, J. R. - BOTERO, J. (2018). "El principio de oralidad en los procesos laborales colombo-venezolano en relación con la humanización y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 48(129), 613-626.

RODRÍGUEZ, E. (2018). "La prohibición de discriminación por asociación o vinculación respecto del derecho a la libertad sindical", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (48), 9-19.

ROJAS, I. (2017). "Los derechos de libertad sindical en la Constitución chilena", *Revista de derecho*, 30(1), 9-31.

ROSETO, Y. (2017). *El despido ineficaz y su alcance para los dirigentes sindicales suplentes*. Tesis de pregrado. Universidad Laica Vicente Rocafuerte, Guayaquil.

SANTIAGO, G. (2017). "Desafíos democráticos al sindicalismo contemporáneo en el estado de derecho", *Anuario Humanitas*, (42), 179-197.

TORRES, M. - ALARCÓN, F. (2017). "Auditoría forense integral como fundamento de una gestión eficiente en contraposición con la corrupción y demás actos ilícitos en la administración pública", *Revista Publicando*, 4(12), 848-865.

VALLEJO, F. (2014). *La oralidad laboral en Colombia. Derecho Procesal del trabajo y de la Seguridad Social*. Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

ALGUNOS ASPECTOS DEL ENCUENTRO CLÍNICO EN TIEMPOS DE COVID-19*

SOME ASPECTS OF CLINICAL ENCOUNTER IN COVID-19 TIMES

*Guillermina Zabalza***
*María Victoria Schiro****

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo reflexionar sobre algunas de las implicancias que la pandemia por COVID-19 proyectó sobre el encuentro clínico y, en particular, cómo la actual situación ha influido sobre la confidencialidad. Un estudio desde la Bioética y el Derecho nos permite analizar interrogantes que, o bien la situación de excepcionalidad trajo consigo o bien ya existían, pero fueron develados en este tiempo.

Palabras-clave: Encuentro clínico - Vulnerabilidad - COVID-19 - Confidencialidad.

Abstract: The present work aims to reflect on some of the implications that the COVID-19 pandemic projected on the clinical encounter and, in particular, how the current situation has influenced confidentiality. A study from Bioethics and Law allows us to analyze questions that either the situation of exceptionality brought with it or already existed but were revealed at this time.

Keywords: Clinical encounter - Vulnerability - COVID-19 - Confidentiality.

* Trabajo recibido el 11 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 5 de abril de 2021.

** Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho de las Familias, Derechos Sucesorio, Bioderecho e Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN), e-mail: guiguiz@hotmail.com

*** Doctora en Derecho, Magister en Derecho Privado, Profesora Asociada de Derecho de las Familias, Derecho Sucesorio y Bioderecho de la Facultad de Derecho de la UNICEN, e-mail: victoriaschiro@hotmail.com.

Sumario: I. Reflexiones iniciales. II. El encuentro clínico en tiempos de COVID-19. III. Confidencialidad y COVID-19. IV. Reflexiones finales.

I. Reflexiones Iniciales

Cada narrativa social y cultural presenta sus propias sutilezas y aristas que requieren de respuestas acordes y contestes con esa realidad, se trata *“de reflexionar sobre problemas que, aunque de carácter universal, adquieren un perfil propio”*¹.

La pandemia producto del Virus COVID-19 (coronavirus) de la que somos protagonistas y en la que nos encontramos inmersos, visibiliza la incertidumbre sobre la vida y su devenir, poniendo a Occidente, en particular, de cara con la crudeza de lo frágil y azaroso. Las certezas que conquistamos y construimos hasta hace unos meses, hoy se conmueven ante un virus cuya virulencia y alta contagiosidad es alarmante. Vivimos un tiempo de excepcionalidad y emergencia, donde la rutina de la trama de la vida en general y de la jurídica en particular es interrumpida².

Nuestras reflexiones bioéticas y jurídicas transitaban por andariveles que hoy nos parecen remotos; por ello, aquellos dilemas bioéticos hoy protagonizan la escena desde una perspectiva diferente y con nuevos alcances. En cierta medida, la sobre estimación del principio de autonomía tornó al principio de justicia en un mero cooperante de la teoría principialista. Lo individual asfixió lo colectivo³. En esta exageración del “yo” y subestimación del “nosotros”, la teoría principialista parecía incapaz de poder entender e intervenir en realidades penetradas por profundas disparidades socioeconómicas y sanitarias^{4,5}. De alguna manera, la pandemia refleja

(1) LUNA, Florencia - SALLES, Arleen L.F. “Develando la bioética. Sus diferentes problemas y el papel de la filosofía”, *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, año1, n° 1, 1996, p. 10 y ss.

(2) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aportes para la Jusfilosofía de la Pandemia por COVID-19”. Disponible en: <http://rephip.unr.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/2133/17981/Aportes%20para%20la%20jusfilosof%3%ada%20de%20la%20pandemia%20por%20COVID-19%20.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Fecha de consulta: mayo de 2020.

(3) En este sentido, se observa que en 1998 la bioética (re)empezó a transitar otros caminos, a partir del tema oficial “Global Bioethics”, del Cuarto Congreso Mundial de Bioética realizado en Tokio, Japón. Hasta este momento temporal, la bioética transitaba por temas más biomédicos que sociales y globales, más individuales que colectivos.

(4) GARRAFA, Volnei - ERIG OSÓRIO DE AZAMBUJA, Leticia. “Epistemología de la bioética-enfoque latino americano”, *Revista Colombiana de Bioética*, vol. 4, núm. 1, 2009, Redalyc <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189214300004>, p. 80 y ss. Fecha de consulta: diciembre de 2020.

(5) Como hito normativo de una visión global de la bioética, se observa la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 2005, donde se redefinió la agenda de la bioética, ya que además de los temas biomédicos y biotecnológicos, la Declaración paso a incorporar temas sociales, sanitarios y ambientales. La nueva agenda proyectada para el siglo XXI adquirió un perfil

con crudeza la fragilidad en la que nos expone la globalización y su teorización. Por ello, los clásicos interrogantes y dilemas bioéticos requieren de un abordaje diferenciado ante la realidad que nos interpela. La escasez de recursos sanitarios y el colapso del sistema de salud, nos exhortan a determinar criterios de selección para la definición y atención de los potenciales pacientes, visibilizándose la necesidad de efectuar decisiones de *triage* para el acceso a las Unidades de Cuidados Intensivos en el pico de la enfermedad.

Coincidimos con Casado cuando indica que toda sociedad democrática se basa en la coexistencia de valores y principios, y éstos tienen que ser asumidos también por la bioética, por ello es dable reflexionar sobre una *bioética flexible*⁶, que se sustenta en los principios constitucionales y los derechos humanos, que la enmarcan y la dotan de contenido. “*Se trata de contar con marcos para el acuerdo, no con soluciones dogmáticas ni con consensos generales vacíos de contenido real. Y estamos obligados a elegir sin la garantía a priori de que optamos por el mejor modelo de todos los posibles. No contar con certidumbres previas deja al ser humano más solo e inseguro, pero hay que estar dispuestos a resolver sin muletas y a asumir las consecuencias*”⁷.

La emergencia sanitaria y la excepcionalidad del contexto, trasciende y vislumbra una constante línea de grises, no siendo posible situarnos en polos antagónicos, sino que debemos repensar las posibles respuestas que desde un terreno de penumbra se pueden avizorar. Estos grises nos hacen reflexionar sobre la necesidad de proyectar soluciones intermedias entre los extremos del utilitarismo y la postura deontológica, de modo tal que podamos deliberar sobre los principios que son susceptibles de ser aplicados, armonizando las dos miradas.

Creemos que las medidas a tomar deben ser lo menos intrusivas de la autonomía de la voluntad, más allá del necesario aislamiento social para sosegar los contagios. Además, las medidas de confinamiento, si bien parecen eficaces para evitar la propagación del virus, también visibilizan situaciones de precarización, materializándose con dureza la enorme distancia en la *accesibilidad de bienes y servicios básicos* -como vivienda, alimentación, higiene, salud, educación, entre otros-, marcando una brecha cada vez mayor entre ricos y pobres.

epistemológico defendido por los países periféricos; GARRAFA, Volnei - ERIG OSÓRIO DE AZAMBUJA, Leticia. *Epistemología de la bioética-enfoque latino americano*, ob. cit., p. 81 y ss.

(6) CASADO, María. “¿Por qué bioética y derecho?”, en *Acta bioética*, año VIII, N° 2, 2002, p. 192. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v8n2/art03.pdf>. Fecha de consulta: diciembre 2020

(7) CASADO, María. “¿Por qué bioética y derecho?”, ob. cit., p. 192.

II. El encuentro clínico en tiempos de COVID-19

Un contexto de emergencia sanitaria como el atravesado por la humanidad en este tiempo, nos ha conminado a pensar el Derecho desde la óptica de la excepcionalidad, bajo el entendimiento que hay un Derecho pensado para la “normalidad” o regularidad de la vida social, y otro universo normativo aguardando activarse ante circunstancias excepcionales que, luego de atravesadas, vuelve a su habitual estado de latencia. Si bien ello puede *a priori* leerse en tales términos, resulta difícil en los hechos trazar esa línea demarcatoria, cuando la realidad nos ha demostrado que el mundo está en constante movimiento, interpelando de modo permanente las certezas. ¿Qué es (y qué debiera ser) lo regular y qué lo excepcional? ¿Existe el “riesgo” (somos conscientes de la carga emotiva inmanente en la palabra) de que el estado de excepción se torne en norma? ¿En qué situaciones lo podemos advertir? ¿Ya está ocurriendo en otros casos y la pandemia nos brinda la oportunidad de develarlo?⁸

Esa idea de un “binarismo” jurídico norma/excepción, ha originado una especie de estupefacción ante realidades como la presentada a partir del Covid-19, entendiendo esta situación como única; que si bien en muchos aspectos lo es, también puso en evidencia o profundizó situaciones que ya ocurrían y que la pandemia develó, o bien la colocó en espejo con otras realidades que vienen enfrentando desafíos similares y ante las cuales es necesario pensar de modo permanente.

Las crisis que provoca la pandemia se agudizan por la crisis del sistema de salud, visibilizándose una de las marginaciones que ha realizado el sistema económico y político en la inversión y distribución de recursos. La salud pública, es definida por la OMS como aquella que engloba todas las actividades relacionadas con la salud y la enfermedad; el estado sanitario y ecológico del ambiente de vida; la organización y funcionamiento de los servicios de salud; la planificación, gestión y educación⁹. El Derecho de la Salud abarca la problemática de la salud, la complejidad científico técnica de las respuestas al respecto y en especial la debilidad de quien transita la enfermedad, constituyéndose en ejes centrales para hacer que los despliegues que resultan comunes en las ramas jurídicas tradicionales deban recibir esta especial consideración¹⁰. Ahora bien, como indica Ciruzzi, *“por mucho tiempo, hasta cada vez que surge una catástrofe natural, una crisis humanitaria, una pandemia, nos han hecho creer que los recursos son para todos y en toda circunstancia, que hablar de derecho a la*

(8) ZABALZA, Guillermina - SCHIRO, María Victoria. “El reconocimiento e impacto jurídico de la ‘rutina’ y la ‘excepción’ en tiempos de Covid-19. Breves notas sobre las familias y la Bioética”, publicado en *SJA* 30/12/2020, 3, *JA* 2021-I. Cita Online: AR/DOC/3735/2020.

(9) CIRUZZI, María Susana. “Algunos apuntes bioéticos, paliativos y legales sobre la pandemia de COVID-19”, *La Ley*, 30/04/2020, Cita Online: AR/DOC/1331/2020.

(10) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Filosofía Trialista del Derecho de la Salud”, *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Número 28, 2004 - 2005, pp. 19-20. Disponible en <http://www.centrodefilosofia.org/revcen/RevCent284.pdf>

salud significa un acceso ilimitado y constante a toda práctica médica. Y es el momento en que caemos en esta ‘pequeña’ trampa: siempre se ha sostenido que la asignación de recursos sanitarios es una cuestión de macropolítica que no debemos individualizar en nuestros pacientes. Nuestro máximo criterio de asignación es el beneficio que determinada terapéutica puede brindar al paciente en singular, con el menor costo personal posible para él. Pero en situación de pandemia la exigencia es que empleemos criterios de justicia distributiva para asignar los recursos críticos, que suelen ser lo más escasos. Y esos criterios deben ser justos y equitativos, no ya desde la visión personal e intransferible del paciente, sino desde la óptica de la salud pública y el bien común de la sociedad”¹¹.

Si bien, el avance de la ciencia en los últimos tiempos ha removido diversos límites físicos y psíquicos, subyacen nuevos límites ante la situación de pandemia en la que nos encontramos inmersos. Las barreras sociopolíticas y socioeconómicas son notorias, a tal punto que muchas personas mueren por falta de recursos, incluso sin que medien decisiones para evitarlo. Debemos tener una especial atención a la responsabilidad internacional del Estado en lo que implica la efectividad del derecho de la salud como derecho humano y la necesidad de implementación de políticas públicas que de manera progresiva coadyuven en la accesibilidad y efectividad de dicho derecho, removiéndose así tales límites¹².

El reconocimiento de la coyuntura social sobre la que se desenvuelve la pandemia se torna vital para la correcta identificación y evaluación del problema o del caso y sus posibles soluciones¹³. El entorno actual nos interpela a mirar los diversos despliegues del mundo jurídico, analizando cuántos se enferman, cuántos se curan y cuántos se mueren, para tomar decisiones, pero para decidir hay que *preferir*, y esas preferencias pueden referirse a la justicia, construyendo la justicia en relación con la salud, pero también puede surgir la idea de la economía apareciendo el valor de la utilidad¹⁴. Cada toma de decisión implica un proceso en el que se escoge entre diversas alternativas u opciones. Las decisiones modifican las situaciones y circunstancias existentes construyendo otras situaciones y circunstancias¹⁵.

(11) CIRUZZI, María Susana. “Algunos apuntes bioéticos, paliativos y legales sobre la pandemia de COVID-19”, ob. cit., p. 2.

(12) Algunos de estos límites requieren un análisis mayor desde el principio de justicia, enmarcado en la dimensión dikelógica.

(13) SALMÉN, Gabriel Mauricio. “La dinámica de los repartos”, en *Introducción al Derecho*, Juan José Bentolilla Coordinador, La Ley, 2009, p. 55.

(14) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. Seminario de Profundización en Integrativismo Tridimensionalista Trialista, Organizado por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y la Cátedra “C” de Filosofía del Derecho, UNR, 2020.

(15) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aportes para la “decisión jurídica” (Aportes jurídicos para la decisión)”, *Investigación y Docencia*, Número 46, 2013, p. 212. Disponible en http://www.centrodefilosofia.org/IyD/IyD46_12.pdf

“La paradoja de la autonomía y de la vulnerabilidad”¹⁶, nos hace repensar en la autonomía¹⁷ como una utopía, quizás en los horizontes de lo posible es que tenemos que pensar en la autonomía, lo posible no parece solo alcanzable por las características de competencia e independencia, ya que aun en estos escenarios se puede carecer de la opción, entonces la cuestión a dilucidar es determinar qué autonomía podría desplegarse ante escenarios de marginación. La vinculación con el entorno, la alteridad y la accesibilidad son claves para poder proyectar la autonomía¹⁸. Los criterios con que se repartirá en materia de salud, requieren de una elaboración consciente y razonada¹⁹ del proceso de toma de decisiones²⁰. Cada decisión se da dentro de un contexto y entorno social, penetrado por la alteridad, con diversos límites que pueden considerarse no sólo en la frontera sino en la identificación del tejido del marco *decisional*²¹. Por ello, despliegues físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, sociopolíticos y socioeconómicos han de ser tenidos en cuenta como partes del “terreno” en el que se construye la decisión repartidora²².

La pandemia produce una fuerte conmoción en la humanidad y sus despliegues, revelando en sí misma la problemática de la vulnerabilidad²³. El contexto actual desnuda una agudización de la fragilidad humana, trascendiendo la atemorizante idea de *finitud* por la enfermedad, escasez de recursos sanitarios y posibilidades de muerte. Las capas de la vulnerabilidad²⁴ se manifiestan con mayor nitidez, re-

(16) RICOEUR, Paul. *Caminos del reconocimiento*, Trotta, Madrid 2005, citado por FEITO, Lidya en “Vulnerabilidad”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30, Suplemento 3, 2007, disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000600002&lng=en.

(17) Véase O’NEILL, Onora. *Autonomy and trust in Bioethics*, Cambridge University Press, Oxford, 2002; LÓPEZ JARAMILLO, Carlos Alberto - HOLGUIN LEW, Jorge Carlos. “Autonomía, confianza y ética médica en la obra de Onora O’Neill”, *Revista Colombiana de Psiquiatría*, vol. 42, núm. 1, 2013, Asociación Colombiana de Psiquiatría Bogotá, D.C., Colombia, pp. 120-135, disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/806/80626357005.pdf> Fecha de consulta: febrero 2021.

(18) O’NEILL, Onora, *Autonomy and trust in Bioethics*, ob. cit.; LÓPEZ JARAMILLO, Carlos Alberto - HOLGUIN LEW, Jorge Carlos. “Autonomía, confianza y ética médica en la obra de Onora O’Neill”, ob. cit.

(19) SALMÉN, Gabriel Mauricio. *La dinámica de los repartos*, ob. cit. p. 55.

(20) Véase sobre el tema MEROI, Andrea A. - SALMÉN, Gabriel M. “Seminario sobre Teoría de la Decisión”, *Investigación y Docencia*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, N° 38, enero/diciembre 2005, p. 159 y ss., disponible en http://www.centrodefilosofia.org/IyD/iyd38_12.pdf Fecha de consulta: febrero 2021.

(21) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aportes para la decisión jurídica...”, ob. cit., p. 219.

(22) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “El ámbito de la decisión jurídica (la construcción del caso)”, *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Vol. 24, 2000, p. 69. Disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/570/470>

(23) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aportes para la Jusfilosofía de la Pandemia por COVID-19”, ob. cit. p. 2.

(24) LUNA, Florencia. “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”, *Jurisprudencia Argentina*, Cita Online: 0003/014059; FEITO, Lidya. “Vulnerabilidad”, ob. cit.; O’NEILL, Onora. *Towards Justice and Virtue*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, citado por LUNA, Florencia. “Vulnerabilidad:

quiriendo un abordaje multidimensional que desafía la dinámica del ejercicio de la medicina y de los principios bioéticos, trascendiendo en una posible tensión entre autonomía y justicia.

Tomando estas reflexiones, observamos que estas capas interactúan y cobran visibilidad en la actualidad, ocupando un protagonismo escalofriante ante la pandemia, tanto por la potencialidad de estar enfermos por el virus como por las fisuras que refleja el sistema de salud y la precarización social, generando desasosiego y angustia, ya que las respuestas del sistema pueden ser escasas para satisfacer las demandas requeridas. A su vez, esa sensación se acentúa en aquellos que tienen otras dolencias o enfermedades preexistentes a la aparición del virus, ante el temor de que sus tratamientos se discontinúen o paralicen. La coexistencia del virus con otras patologías, nos conduce a analizar de qué manera se sigue dando una respuesta integral desde el servicio de salud²⁵, ya que sino las muertes no acaecerán por el virus sino por el desarrollo de otras patologías que no han sido atendidas en el tiempo oportuno. Como observamos, la pandemia profundiza situaciones de vulnerabilidad, confluyendo diversas capas cuando estamos ante ancianos²⁶ o personas con debilidades especiales²⁷, ya que respecto de éstos el virus es particularmente nocivo, agudizándose sus efectos dañinos ante contextos de vulnerabilidad no solo biológico sino social²⁸⁻²⁹.

Cada toma de decisión implica un proceso en el que se escoge entre diversas alternativas u opciones, aunque hoy el marco de estas alternativas parece más limitado por el contexto local y global. La emergencia sanitaria y el posible colapso

la metáfora de las capas”, ob. cit.: “La Declaración de la Unesco y la vulnerabilidad: la importancia de la metáfora de las capas”, en CASADO, María (Ed.). *Sobre la Dignidad y los Principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco*, pp. 255-266, Ed. Civitas, Navarra, 2009, p. 257; ZABALZA, Guillermina. “Entre lo dado y lo construido... despliegues de la vulnerabilidad”, *RDF*: 86, 10/09/2018, 175, Cita Online: AR/DOC/3362/2018.

(25) Véase el reclamo de Marcelo Mazzarello ante la muerte de su padre; <https://www.infobae.com/teleshows/infoshows/2020/06/10/el-duro-reclamo-de-marcelo-mazzarello-tras-la-muerte-de-su-padre-lo-que-se-genero-con-la-pandemia-es-un-terrorismo-sanitario/> Fecha de consulta: febrero 2021.

(26) LINDO, Elvira. “Viejos muertos de miedo”, en *El País*, 15 de marzo de 2020. https://elpais.com/elpais/2020/03/14/opinion/1584191426_943129.html Fecha de consulta: marzo de 2020.

(27) “Así cambia el riesgo de enfermar de gravedad y morir por el coronavirus según las distintas edades”, en *Infobae*, 24 de marzo de 2020, <https://www.infobae.com/america/ciencia-america/2020/03/23/asi-cambia-el-riesgo-de-enfermar-de-gravedad-y-morir-por-el-coronavirus-segun-las-distintas-edades/>, Fecha de consulta: marzo de 2020.

(28) “Murió Ramona de La Garganta Poderosa: tenía Covid-19 y había denunciado la falta de agua en Villa 31”, <http://www.laizquierdadiario.com/Fallecio-Ramona-integrante-de-La-Poderosa-y-habitante-de-la-villa-31>; <https://www.pagina12.com.ar/266133-asi-se-propaga-el-coronavirus-en-la-villa-31> Fecha de consulta: febrero de 2021.

(29) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aportes para la Jusfilosofía de la Pandemia por COVID-19”, ob. cit., p. 2.

del sistema de salud redefinen los procesos de decisiones³⁰. El principio relativo al respeto de las personas, cuyo despliegue más emblemático es la autonomía, merece un análisis especial en atención a la persona en consideración de la coyuntura social, del transcurso de la temporalidad, de las afecciones preexistentes y de las sobrevinientes, revelando las posibles capas de vulnerabilidad o hipervulnerabilidades.

El devenir de los procesos de decisión se da en escenarios que pueden divisar diferentes líneas demarcatorias -más o menos flexibles- que posibilitan ver las interrelaciones entre los múltiples límites que se construyen y deconstruyen en los diversos contextos históricos. Nuestras identidades son identidades moldeadas y redefinidas por la coyuntura en la que se gestan y funden, acuñándose en este relato histórico nuevas perspectivas de la autonomía de la voluntad, que aun cuando se palpa su posible ficción vale reconocerla como un despliegue posible de la dialéctica de la libertad.

El actual encuentro clínico ha mutado de modo tal que hoy se encuentra compuesto por un nuevo encuadre social que permite visibilizar además de la complejidad del sistema de salud, los nuevos interrogantes que se presentan frente a la escasez de recursos sanitarios y la emergencia. La medicalización de la vida y la muerte visibilizan las paradojas y contradicciones de la humanidad en la posmodernidad, agudizadas por el miedo de una patología que aún no se sabe con certeza cómo debe ser abordada desde lo terapéutico. Nuestra cultura se encuentra desbordada por la incertidumbre que genera lo desconocido. De repente, nos hemos convertido en presos de un virus, que conquistó el mundo y su posible colonización nos expulsó de la vida cotidiana, aislándonos de lo demás y de los demás. Observamos con desasosiego que la plenitud de una vida sin enfermedad es un deseo aún lejos de cumplirse, quizás una utopía inalcanzable³¹.

Así como en la Bioética actual tiene al encuentro clínico como tema medular de análisis, de igual modo adquiere centralidad en tiempos de Covid-19. Ello, en virtud de que requiere revisar y precisar los contornos norma/excepción de cada uno de los pilares sobre los cuales la relación médico-paciente se erige. Y tal como en su oportunidad Veatch afirmara que “(s)ólo yendo más allá de las cuestiones específicas, hacia temas éticos implícitos más básicos, se pueden tratar los problemas éticos reales en medicina”³²; de igual modo podríamos aludir al *background* del encuentro clínico

(30) “Bioética y pandemia: por qué el azar es un mecanismo inaceptable para la asignación de recursos vitales”; disponible en <https://www.infobae.com/opinion/2020/06/20/bioetica-y-pandemia-por-que-el-azar-es-un-mecanismo-inaceptable-para-la-asignacion-de-recursos-vitales/> Fecha de consulta: febrero de 2021.

(31) SEBRELLI, Juan José. “Sociología y estética de la enfermedad”, <https://www.perfil.com/noticias/cultura/sociologia-y-estetica-de-la-enfermedad-20070306-0030.phtml>, Fecha de consulta: febrero 2021.

(32) VEATCH, Robert. “Modelos para una medicina ética en una época revolucionaria”, en LUNA, Florencia - SALLES, Arleen L. F. (Coords.), *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1995, p. 56.

que propone el coronavirus. Cuáles son las interferencias, influencias y adherencias que un entorno tan inmenso y tan presente provoca en la base bioética del encuentro clínico de los pacientes que presentan coronavirus. El tema escogido para la reflexión, dentro de los pilares del encuentro clínico, es el de la confidencialidad, y algunas de sus aristas abordadas en contexto.

III. Confidencialidad y COVID-19

“La intimidad tiene límites, no únicamente los que uno mismo impone desvelando datos propios o compartiendo la vida íntima con las personas escogidas, sino también límites impuestos por el prójimo y por la sociedad. La sociedad ha de reconocer el derecho a la intimidad y, sobre todo, debe precisar hasta dónde llega ese derecho”³³.

La demarcación de los contornos de la intimidad en el ámbito sanitario se traduce como confidencialidad y comporta uno de los más antiguos pilares de la ética médica. Como explica Kemelmajer, el secreto sobre lo que pasa en el cuerpo es una cuestión central, por cuanto *“...en el cuerpo humano se concentran la vida, la integridad física, la salud, la sensibilidad, el sufrimiento físico. En ese cuerpo también se ubican las decisiones relativas al modo de vida y al compromiso hacia el futuro (matrimonio, trabajo o servicios a cumplir), la procreación (su aceptación o rechazo), etcétera. No cabe dudar, entonces, cuánto vale el secreto que versa sobre ese cuerpo”³⁴.*

Los argumentos éticos en que se sustenta son el respeto a la autonomía de los pacientes, la existencia de un pacto implícito en la relación clínica, la confianza social en la reserva de la profesión médica, la lealtad debida al paciente³⁵. *“El respeto al carácter confidencial de las informaciones sobre la salud constituye un principio esencial dentro del sistema jurídico de todos los Estados parte del Convenio. Resulta fundamental no sólo para proteger la vida privada de los enfermos, sino, igualmente, para preservar su confianza en el cuerpo médico y en los servicios de salud en general”* (TEDH, Z c. Finlandia

(33) MARTÍNEZ-MONTAUTI, Joaquim (Hospital de Barcelona). “Artículo 9. Privacidad y confidencialidad”, en CASADO, María (Coord.). *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la declaración universal sobre bioética y derechos humanos de la UNESCO*, Ed. Civitas, 2009, p. 270.

(34) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Responsabilidad de los padres, secreto profesional y confidencialidad médica. ¿Cómo se conjugan para asegurar la salud de los adolescentes”, *Derecho PUCP*, N° 69, 2012, ¿p. 171? Disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201202.009>

(35) ALTISENT TROTA, Rogelio - COSTA ALCARAZ, Ana - DELGADO MARROQUÍN, M. Teresa (ponente), JARABO CRESPO, Yolanda - MARTÍN ESPÍLDORA, M. Nieves - SANTOS DE UNAMUNO, Carmen - SANZ POZO, Blanca - SIMÓN LORDA, Pablo - VÁZQUEZ, José Ramón (Miembros del grupo de trabajo de Bioética que elaboraron el documento). “Informatización y confidencialidad de la historia clínica. Declaración de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria”, *Atención Primaria*, Vol. 34, Núm. 3, 2004, p. 140, <https://www.elsevier.es/es-revista-atencion-primaria-27-articulo-informatizacion-confidencialidad-historia-clinica-13064527> Fecha de consulta: febrero de 2021.

del 25 de febrero de 1997)³⁶. En el mismo sentido, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, alude a la confidencialidad en el sentido siguiente: “Artículo 9. Privacidad y confidencialidad. La privacidad de las personas interesadas y la confidencialidad de la información que les atañe deberían respetarse. En la mayor medida posible, esa información no debería utilizarse o revelarse para fines distintos de los que determinaron su acopio o para los que se obtuvo el consentimiento, de conformidad con el derecho internacional, en particular el relativo a los derechos humanos”.

Como dice Martínez-Montauti, al acceder al ámbito sanitario uno sabe que va a exponer una parte de su intimidad, haciéndolo en el entendido que el acceso a tales datos va a estar restringido y no va a develarse a personas extrañas a su cuidado³⁷. También es cierto que los cambios de contexto en materia de atención sanitaria, determinaron a la vez que, dentro de una estructura compleja, hay personas que llegan a conocer datos sensibles del paciente, desde aquellos que estén directamente involucrados en su cuidado, quienes por su vínculo con el centro de salud manejen tales datos (v.g., personal administrativo, informático), hasta los financiadores de salud y la autoridad sanitaria estatal³⁸. En tales supuestos, es obligatoria la reserva de la información.

Ahora, si bien en tales casos podemos decir que se “dispersa” en alguna medida el control de la información por parte del paciente, pero aun así sigue amparada por el deber de secreto, en otros supuestos, por causas específicamente tipificadas normativamente, se habilita que la barrera de la confidencialidad pueda franquearse. Y las causas que normativamente se han previsto pueden sintetizarse en las que siguen: la protección del propio paciente, la protección de terceras personas y, en un concepto que engloba la noción de terceros pero la trasciende, en razón de la salud pública³⁹. Haremos en lo que sigue especial hincapié sobre esta última noción y sus contornos en el contexto actual.

(36) Puede verse en [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:\[%22SPA%22\],%22respondent%22:\[%22FIN%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22\],%22itemid%22:\[%22001-163986%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22languageisocode%22:[%22SPA%22],%22respondent%22:[%22FIN%22],%22documentcollectionid%22:[%22JUDGMENTS%22,%22DECISIONS%22],%22itemid%22:[%22001-163986%22]}) Fecha de consulta: junio de 2020.

(37) MARTÍNEZ-MONTAUTI, Joaquim (Hospital de Barcelona). “Artículo 9. Privacidad y confidencialidad”, ob. cit., p. 271.

(38) Idem.

(39) El decreto reglamentario de la ley 26529, Nro. 1089/2012, establece que el profesional tratante deberá registrar en la historia clínica del paciente que la información sanitaria se suministró acorde a alguno de los supuestos contemplados en el artículo que se reglamenta y asumir el compromiso de confidencialidad que contempla la ley que se reglamenta. Son excepciones a la regla general aludida: 1) Aquellos casos donde a criterio del profesional se encuentra en peligro la salud pública y/o la salud o la integridad física de otra/s persona/s; 2) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o prestacionales o para la labor de los financiadores de la salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente, que se encuentran protegidos por el secreto médico.

La ruptura de la confidencialidad basada en la salud pública es la causa justificante que más adhesión y legitimidad posee. Su finalidad, evitar un perjuicio al conjunto de la población, se entiende que justifica informar a la autoridad pública sanitaria acerca de diagnósticos y sospecha de enfermedad que pueda propagarse, incluyendo en general datos privados del paciente vinculados a su estilo de vida⁴⁰. Si bien *“Parece obvio que el tratamiento de esos archivos debe ser confidencial y que esa información debe usarse exclusivamente para los fines para los cuales fue recabada”*⁴¹, la situación de excepción que trajo consigo la actual pandemia, requiere analizar la legitimidad de las excepciones y avizorar las consecuencias y reglas para el *“después”*.

Podemos partir de que, si bien la limitación de derechos humanos (en este caso la intimidad) en atención a fines legítimos (como la salud pública) está permitida, *“existen límites estrictos sobre cuándo, cómo y en qué medida los derechos pueden estar limitados”*⁴². A tales fines, los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, nos brindan el marco para la interpretación y aplicación de las cláusulas de limitación y restricción y nos permiten efectuar un análisis situado, por cuanto está implicada la limitación del derecho a la intimidad, prevista en el artículo 17 del Pacto. Así, *“15. La salud pública puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos a fin de permitir a un Estado adoptar medidas para hacer frente a una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros. Estas medidas deberán estar encaminadas específicamente a impedir enfermedades o lesiones o a proporcionar cuidados a los enfermos y lesionados. 16. Deberán tenerse debidamente en cuenta las normas sanitarias internacionales de la Organización Mundial de la Salud”* (Ppio. 15). Estos principios, brindan una guía para el análisis de los contextos de decisión estatal en relación a la limitación de la confidencialidad y el Covid-19.

Argentina, que cuenta con la ley 25326 de protección de datos personales, ha establecido regulaciones normativas y recomendaciones en relación a la utilización de información personal frente a la emergencia sanitaria. Así, en particular la Agencia de Acceso a la Información Pública, ha dictado una serie de guías con recomendaciones en relación al tratamiento de datos personales vinculados al coronavirus por un lado, así como los principios fundamentales de la regulación vigente en materia de protección de datos que se aplican al uso de herramientas de geolocalización y

(40) Puede verse: MARTÍNEZ-MONTAUTI, Joaquim (Hospital de Barcelona). *“Artículo 9. Privacidad y confidencialidad”*, ob. cit., p. 272.

(41) Ídem.

(42) *Los Derechos Humanos en tiempos de COVID-19. Lecciones del VIH para una respuesta efectiva dirigida por la comunidad*, ONUSIDA 2020, p. 5. https://www.unaids.org/sites/default/files/media_asset/human-rights-and-covid-19_es.pdf Fecha de consulta: junio de 2020.

tracking, ya sea que dichas herramientas sean empleadas por el sector público, el sector privado o por ambos en colaboración⁴³⁻⁴⁴.

La guía con recomendaciones referenciadas en primer lugar, establece lo siguiente:

“Los datos de salud son una categoría de datos sensibles y en consecuencia merecen una protección más rigurosa (arts. 2 y 7 - Ley 25326).

La divulgación del nombre de un paciente que padezca de coronavirus requiere de su consentimiento (art. 5 - Ley 25326).

Los establecimientos sanitarios y los profesionales de la salud pueden procesar y cederse entre sí datos de los pacientes, siempre y cuando cumplan con el secreto profesional (art. 8 - Ley 25326).

La obligación de secreto profesional subsistirá aun después de finalizada la relación con el paciente (art. 10 - Ley 25326).

Para usar la información del paciente con fines incompatibles con su tratamiento médico, se debe requerir su consentimiento pleno, libre e informado (art. 4, inc. 3 y art. 5 - Ley 25326).

El Ministerio de Salud de la Nación y los ministerios provinciales se encuentran facultados a requerir, recolectar, cederse entre sí o procesar de cualquier otro modo información de salud sin consentimiento de los pacientes, conforme a las competencias explícitas e implícitas que les hayan sido conferidas por ley (art. 5, inc. 2 b y art. 11, inc. 3 b - Ley 25326)”⁴⁵.

En suma, estas recomendaciones parten de la vigencia en el contexto de pandemia de la obligación de secreto, reafirmando la obligación de requerir el consentimiento del paciente sea para divulgar sus datos filiatorios o para usar la información

(43) <https://www.argentina.gob.ar/noticias/guias-para-el-tratamiento-de-datos-personales>
Fecha de consulta: febrero de 2021.

(44) Pueden verse asimismo los documentos que ha ido emitiendo la Global Privacy Assembly, vg: Statement by the GPA Executive Committee on the Coronavirus (COVID-19) pandemic (17/03/2020) <https://globalprivacyassembly.org/gpaexco-covid19/> Achieving privacy by design in contact tracing measures (21/05/2020) <https://globalprivacyassembly.org/contact-tracing-statement/>
Fecha de consulta: junio de 2020.

(45) Agencia de acceso a la información pública “Guía Para el tratamiento de los datos personales ante el Coronavirus Covid-19”, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_coronavirus_0.pdf Fecha de consulta: febrero de 2021.

Asimismo, y en relación a la protección de datos personales en contexto de pandemia, la Agencia de acceso a la información pública emitió una “Guía Para el tratamiento de los datos personales ante el registro de temperatura corporal” https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_temperatura.pdf, en el entendido que “la toma de temperatura corporal en los ingresos a edificios o en la vía pública es una medida que organismos públicos o privados podrían implementar, con el fin de prevenir la propagación de la enfermedad. Este tipo de control puede tener un impacto en la privacidad o la intimidad de las personas, por lo que es importante que los distintos actores involucrados tengan en consideración la normativa vigente de protección de datos personales”. Fecha de consulta: febrero de 2021.

con fines incompatibles con su tratamiento médico, excepcionando al Ministerio de Salud de la Nación y los ministerios provinciales de recabar el consentimiento del paciente para la utilización de la información de salud.

En relación a los principios de Protección de datos personales y geolocalización, la Agencia estableció las condiciones y límites del monitoreo y geolocalización, por cuanto se trata de información referida a la ubicación de una persona y sus desplazamientos⁴⁶.

A la vez, el Poder Ejecutivo Nacional emitió el decreto de necesidad y urgencia 260/2020, que estableció en su artículo 8 la obligación de las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 de reportar de inmediato dicha situación a los prestadores de salud, con la modalidad establecida en las recomendaciones sanitarias vigentes en cada jurisdicción. En la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros y los Ministerios se cuentan una serie de resoluciones y disposiciones, entre las que podemos señalar la resolución 202/2020 del Ministerio de Trabajo (13/03/2020), dispone que: “ARTÍCULO 5º.- *Los empleadores y las trabajadoras y los trabajadores deberán facilitar y acatar las acciones preventivas generales y el seguimiento de la evolución de las personas enfermas o que hayan estado en contacto con las mismas que determine la autoridad sanitaria nacional. Asimismo, deberán reportar ante la autoridad sanitaria municipal o provincial correspondiente al lugar de efectiva prestación de tareas de los trabajadores y las trabajadoras, toda situación que encuadre en los supuestos contemplados en el artículo 7º del DNU N° 260, sin perjuicio de los sujetos obligados a informar a la autoridad sanitaria nacional en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 15465 y la Resolución del MINISTERIO DE SALUD N° 680/2020. (Artículo sustituido por art. 1º de la Resolución N° 823/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social B.O. 8/10/2020)*” (Entre los supuestos referenciados en el DNU Nro. 260, se encuentran quienes revistan la calidad de casos sospechosos y quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID-19)⁴⁷”. Asimismo, en relación al manejo de

(46) Agencia de acceso a la información pública “Guía Para el tratamiento de los datos personales en el uso de herramientas de geolocalización”, https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/guia_geolocalizacion_0.pdf Fecha de consulta: febrero de 2021.

(47) ARTÍCULO 7º. AISLAMIENTO OBLIGATORIO. ACCIONES PREVENTIVAS:

1. *Deberán permanecer aisladas durante 14 días, plazo que podrá ser modificado por la autoridad de aplicación según la evolución epidemiológica, las siguientes personas:*

a) *Quienes revistan la condición de “casos sospechosos”. A los fines del presente Decreto, se considera “caso sospechoso” a la persona que presenta fiebre y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y que además, en los últimos días, tenga historial de viaje a “zonas afectadas” o haya estado en contacto con casos confirmados o probables de COVID-19. La definición podrá ser actualizada por la autoridad sanitaria, en función de la evolución epidemiológica.*

b) *Quienes posean confirmación médica de haber contraído el COVID – 19.*

c) *Los “contactos estrechos” de las personas comprendidas en los apartados a) y b) precedentes en los términos en que lo establece la autoridad de aplicación.*

datos personales y uso de la tecnología, se dictaron diferentes disposiciones y decisiones en vinculación a la aplicación Covid19-Ministerio de Salud, y la aplicación CuidAR⁴⁸ que conforme indica a través de los medios de difusión estatales, “*posibilita el autodiagnóstico de síntomas, brinda asistencia y recomendaciones en el caso de compatibilidad con coronavirus y proporciona herramientas de contacto de esos casos a las autoridades sanitarias. La aplicación se vincula con un sistema más amplio que articula la información que la aplicación recolecta con las áreas sanitarias encargadas del cuidado ante la emergencia, tanto del gobierno nacional como de los gobiernos provinciales*”⁴⁹.

Podemos decir que nos enfrentamos al delicado equilibrio de la protección de la salud pública, en aras de cuya defensa ceden algunas de las protecciones a la confidencialidad como pilar del encuentro clínico (la salud pública actúa de legítimamente de la necesidad de la limitación⁵⁰); pero a la vez garantizando que los datos

d) Quienes arriben al país habiendo transitado por “zonas afectadas”, salvo excepciones dispuestas por las autoridades sanitaria o migratoria y siempre que den cumplimiento a las condiciones que estas establezcan. En todos los casos las personas deberán también brindar información sobre su itinerario, declarar su domicilio en el país y someterse a un examen médico lo menos invasivo posible para determinar el potencial riesgo de contagio y las acciones preventivas a adoptar que deberán ser cumplidas, sin excepción. No podrán ingresar ni permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo las excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria. (Inciso sustituido por art. 1° del Decreto N° 945/2020 B.O. 27/11/2020. Vigencia: a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.)

e) Quienes hayan arribado al país en los últimos 14 días, habiendo transitado por “zonas afectadas”. No podrán permanecer en el territorio nacional los extranjeros no residentes en el país que no den cumplimiento a la normativa sobre aislamiento obligatorio y a las medidas sanitarias vigentes, salvo excepciones dispuestas por la autoridad sanitaria o migratoria.

En caso de verificarse el incumplimiento del aislamiento indicado y demás obligaciones establecidas en el presente artículo, los funcionarios o funcionarias, personal de salud, personal a cargo de establecimientos educativos y autoridades en general que tomen conocimiento de tal circunstancia, deberán radicar denuncia penal para investigar la posible comisión de los delitos previstos en los artículos 205, 239 y concordantes del Código Penal.

Con el fin de controlar la transmisión del COVID- 19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas.

Con el fin de controlar la transmisión del COVID- 19, la autoridad sanitaria competente, además de realizar las acciones preventivas generales, realizará el seguimiento de la evolución de las personas enfermas y de las personas que estén o hayan estado en contacto con las mismas.

(48) Ver, v.g.: Decisión administrativa 432/2020 de la Jefatura de Gabinete de Ministros y Disposiciones 3/2020, 4/2020, 10/2020, 16/2020 de la Subsecretaría de Gobierno Abierto y País Digital, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación; Disposición 1771/2020 de la Dirección Nacional de Migraciones.

(49) <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/acciones-coronavirus/aplicacion-y-tableteros-de-gestion/que-es> Fecha de consulta: junio de 2020.

(50) Conforme los Principios de Siracusa, debe analizarse la necesidad de la limitación en los siguientes términos:

10. Siempre que, conforme a las disposiciones del Pacto, se exija que una limitación sea “necesaria”, este término implicará que la limitación:

no puedan utilizarse para una finalidad distinta de aquella por la cual se recabaron; que se efectúe una interpretación en favor del derecho que se limita, a fin de no menoscabar su esencia; y que la extensión temporal de la limitación, así como la conservación los datos recolectados en razón de la misma, deben ser acotados en el tiempo pues de lo contrario se desvirtúa la necesidad que legitimaba su obtención y la limitación se torna abusiva y arbitraria⁵¹.

Si algo redefinió en la práctica médica el deber de confidencialidad ha sido la epidemia de VIH. Tal como afirma ONUSIDA, los últimos 40 años han generado una experiencia significativa y las lecciones aprendidas sobre la importancia de un enfoque basado en derechos humanos para garantizar respuestas efectivas y proporcionadas a las epidemias. A partir de tal experiencia, es que uno de los puntos sobre los que se traza un paralelo de abordaje con la pandemia de Covid-19 es en materia de confidencialidad. Así, desde el organismo afirmaron que *“Todos, independientemente de su raza, nacionalidad, género y ocupación, deben tener la certeza de que su información personal confidencial, incluyendo el nombre, diagnóstico e historial médico, sea tratada con el máximo cuidado y confidencialidad por el gobierno, los trabajadores de la salud y las entidades públicas. La experiencia en el contexto de la epidemia del VIH muestra que la confidencialidad reduce el miedo al estigma y la discriminación, genera confianza y abre canales de comunicación entre los pacientes y los trabajadores de la salud, conduce a un acceso más rápido a los servicios de pruebas y mejora el cumplimiento de la salud pública y el asesoramiento clínico. Dado que la detección y las pruebas son esenciales para la respuesta*

a. Se basa en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto.

b. Responde a una necesidad pública o social apremiante.

c. Responde a un objetivo legítimo, y

d. Guarda proporción con este objetivo.

Toda evaluación en cuanto a la necesidad de una limitación se basará en consideraciones objetivas.

1. Al aplicar una limitación, un Estado no utilizará medios más restrictivos de lo que sea necesario para lograr el propósito de la limitación.

2. La carga de justificar una limitación a un derecho garantizado por el pacto incumbe al Estado.

3. El requisito establecido en el artículo 12 del Pacto de que toda restricción ha de ser compatible con los demás derechos reconocidos en el Pacto, está implícito en las limitaciones a los demás derechos reconocidos en el Pacto.

4. Las cláusulas de limitación del Pacto no serán interpretadas de manera que restrinja el ejercicio de cualesquiera derechos humanos protegidos en mayor grado en virtud de otras obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

(51) De hecho, la Guía para el tratamiento de los datos personales en el uso de herramientas de geolocalización antes citado dispone que “Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados. Cuando el monitoreo haya sido revocado por el titular de datos o cuando su finalidad haya sido cumplida, por ejemplo, porque la pandemia del coronavirus COVID-19 llegó a su conclusión, los datos deben eliminarse. El almacenamiento debe permitir que los datos personales sean identificables para facilitar su posterior eliminación”.

*de salud pública durante el brote de COVID-19, dicha confianza y confidencialidad serán cruciales*⁵².

Los desafíos de nuevas enfermedades y nuevas tecnologías fueron los que redefinieron el abordaje ético de la relación clínica, teniendo a la Bioética y los Derechos Humanos como base y fundamento. Hoy ambas variables se conjugan frente a la pandemia de Covid-19. Se trata de una nueva enfermedad (con las incertezas y desafíos a todo nivel que ello conlleva), desarrollada en un mundo atravesado e interpelado por las nuevas tecnologías; no sólo las tecnologías aplicables al tratamiento y recuperación de la salud, sino también las tecnologías de manejo de datos e información sensible, e incluso las tecnologías de información y comunicación. Estas últimas, que a la postre pueden ser canales de tránsito de información sensible, con el riesgo de afectar la garantía del derecho a la intimidad, interpelan desde su aparición los contornos de lo íntimo, situación que la pandemia no hizo más que volver a poner sobre la mesa de discusión. La experiencia recogida debiera entonces propiciar un manejo adecuado de la información, donde sean estrictamente los organismos que cuentan con estos datos quienes la manejen, en el marco de los fines que legitiman su obtención, pues ello permitirá a los ciudadanos experimentar la confianza que requiere el manejo de datos sensibles. Este equilibrio determinará el éxito con el que se atravesase esta situación de excepción y serán nuevamente la Bioética y los Derechos Humanos quienes nos echen luz sobre lo que la sociedad acordó como regla y excepción, reconduciendo siempre hacia la garantía efectiva de los derechos.

IV. Reflexiones finales

La vida es en gran medida una percepción, y la percepción genera la percepción de que algo será de determinada manera, desarrollándose así la conjetura. El coronavirus y lo que genera en sí mismo como por lo que se reproduce en los medios de comunicación y en el imaginario social coloca a occidente ante una incertidumbre aturdidora. El dialogo entre lo que vivimos y percibimos es algo muy interesante, lo discursivo construye, y no siempre hay una palabra para decir algo o para expresar una realidad, a veces se fuerzan las palabras ante el universo infinito.

Como hemos indicado, el escenario producido por el virus COVID-19 (coronavirus) refleja diferentes percepciones de crisis, y una de ellas es la crisis de las normatividades tradicionales⁵³, surgiendo la necesidad de reflexionar sobre el "*derecho en emergencia*" de las diversas ramas del mundo jurídico, pero particularmente en el Derecho de la Salud. Se requiere de un análisis que trascienda las normas para

(52) *Los Derechos Humanos en tiempos de COVID-19. Lecciones del VIH para una respuesta efectiva dirigida por la comunidad*, ONUSIDA 2020, ob. cit., p. 9.

(53) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. "Aportes para la Jusfilosofía de la Pandemia por COVID-19", ob., cit. p. 7.

situarse en la vida y sus posibles costos, ya que el *derecho de la salud* se moviliza en base al *derecho a la salud*, es una rama jurídica en donde *el derecho a la salud debe coexistir con el deber de salud*⁵⁴. La excepcionalidad en la que nos sumerge la pandemia, pone en *crisis* el cumplimiento de las normatividades de la normalidad, generando la necesidad de nuevas normatividades motivadas por ella⁵⁵, ya que *“la pandemia requiere la adaptación de la trama a las nuevas situaciones. Esta epidemia presenta una gran carencia histórica de normas, por novedad fáctica, necesitada de elaboración apoyada no solo en la autointegración sino en la heterointegración. Las necesidades desbordantes respecto de los servicios de salud generan conflictos necesitados de síntesis (v.g. en cuanto a adjudicación de terapia intensiva)”*⁵⁶.

(54) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Seminario de Profundización en Integrativismo Tridimensionalista Trialista”, Organizado por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y la Cátedra “C” de Filosofía del Derecho, UNR, 2020.

(55) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aportes para la Jusfilosofía de la Pandemia por COVID-19”, ob., cit. p. 7.

(56) CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Aportes para la Jusfilosofía de la Pandemia por COVID-19”, ob. cit., p. 8.

**CAPACIDAD RESTRINGIDA Y EL DERECHO DE
REVISIÓN EN FAVOR DE LA PERSONA
CON DISCAPACIDAD***

*RESTRICTED CAPACITY AND THE RIGHT OF REVIEW IN FAVOR OF
THE PERSON WITH DISABILITIES*

*Carla Saad***

Resumen: El fallo que se analiza trata sobre la declaración de inaplicabilidad del derecho de revisión de la sentencia declaratoria de incapacidad. Se aborda el tema desde los modelos de la discapacidad en relación al sistema normativo internacional y nacional de protección de derechos de las personas con discapacidad. En el fallo se encuadra a la revisión como un derecho-deber y -del voto dividido- se evidencia la tensión entre dos modelos de discapacidad y sus consecuencias, recorriendo la influencia que tienen dichas concepciones en la construcción e interpretación normativa.

Palabras-clave: Personas con discapacidad - Capacidad restringida - Derecho de revisión.

Abstract: The sentence that is analyzed deals with the declaration of inapplicability of the right to review the sentence of clarification of disability. The issue is approached from the models of disability in relation to the international and national normative system for the protection of the rights of people with disabilities. In the judicial sentence the review is framed as a right-duty and -of divided vote- the tension between two models of disability and their consequences is evidenced, covering the influence that these conceptions have on the construction and normative interpretation.

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 12 de abril del mismo año.

** Investigadora (Categorizada II) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Profesora de "Teorías del Conflicto y de la Decisión. Métodos de Resolución Pacífica de Conflictos". Directora del proyecto "Trabajo decente: construcción de políticas públicas sustentables sobre empleo de las personas con discapacidad", línea Consolidar SECYT-UNC, MINCyT Cba, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba - Unidad Ejecutora CONICET, Argentina. Email: carla-saad@derecho.unc.edu.ar.

Keywords: People with disabilities - Restricted capacity - Right of review.

Sumario: I. Cuestiones fácticas. II. Cuestiones a destacar del fallo. II.1. La importancia de los modelos de la discapacidad. II.2 Sobre la capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). II. 3 Del ejercicio del derecho de revisión. III. Conclusiones.

I. Cuestiones fácticas

El fallo que comentamos trata sobre la apelación de la sentencia que declara la incapacidad de P.M.L.N. dispuesta por el Juez de Primera Instancia, en lo referente a la declaración de inaplicabilidad de la revisión del artículo 40 del Código Civil y Comercial (CCyC) para el caso en concreto.

La Asesora Letrada, recurrente en la causa, sostiene entre los fundamentos de la apelación que el *a quo* fundamenta su decisión en el dictamen de los expertos intervinientes que diagnosticaron a P.M.L.N. una patología crónica (retraso mental grave) que estiman irreversible, definitiva y permanente. Que dicha situación lesiona los derechos de P.M.L.N. de acceder a una revisión periódica del desarrollo y alcance de sus capacidades conservadas, conforme lo dispone el artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo que causa un perjuicio irreparable y es claramente violatorio de sus derechos y garantías constitucionales.

Entre sus fundamentos la recurrente sostiene que: “las conclusiones a que arriba el dictamen responden a un “modelo médico del tratamiento de la discapacidad que la sociedad mundial tiende a modificar desde el aporte conjunto de las más diversas fuentes del conocimiento y el obrar humano”; “la existencia de nuevos paradigmas en materia de salud mental que se vienen modificando en aras de propiciar la no estaticidad de los diagnósticos; “la apertura a normativa vigente que “abre un abanico de soluciones jurisdiccionales en orden a la limitación del ejercicio pleno de la aptitud jurídica de una persona con deficiencia mental o intelectual, poniendo en jaque el régimen binario, asistencialista, centrado en el déficit”; *la existencia de “diagnóstico” demanda una evaluación interdisciplinaria para el caso concreto, en un contexto social y familiar y en un momento determinado según artículo 5 de la Ley N° 26657, artículo 46 incs. a, c y d ley provincial N° 9848. Destaca también la recurrente la noción de capacidad concebida como regla cuya limitación debe preservar el mayor grado la autonomía personal del sujeto (artículo 32, CCyC), todo en concordancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en especial el artículo 12), aprobada por nuestro país mediante ley 26378 y demás normativas supranacionales de jerarquía Constitucional. Solicita en consecuencia, se haga lugar al recurso articulado y se revoque la sentencia respecto de lo dispuesto para el instituto de la revisión.

Corrido el traslado de ley los peticionantes, J.C.P y E.V.M. sostienen que los argumentos de la recurrente no logran conmover el fallo recurrido, ya que encuentran acabados fundamentos del *a quo* respecto de la inaplicabilidad de la revisión del artículo 40 del CCyC para el caso concreto. Manifiestan que el Juez se funda en derechos y garantías constitucionales de la persona declarada incapaz, “sin dejarse llevar por vagas declaraciones de principios y cambios de paradigmas de moda, cuya aplicación dogmática termina lesionando el derecho de la persona declarada incapaz a no ser molestada en su privacidad”. Amplían el fundamento indicando que la entrevista personal realizada a P.M.L.N. había resultado perturbadora para él, y en la categoría irreversible, definitiva y permanente de la patología resultante de un dictamen que no fue impugnado ni objetado oportunamente. Respecto del derecho aplicable, sostienen que lo dispuesto por el *a quo* encuentra sustento en el artículo 22 inc.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Finalmente, la Cámara resolvió -por mayoría- hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. Asesora Letrada Civil del Décimo Turno y en consecuencia establecer que “la declaración de incapacidad dictada en relación al Sr. L.N.P.M. deberá ser revisada en un plazo no superior a tres años, en base a nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado”.

II. Cuestiones a destacar del fallo

II.1. La importancia de los modelos de la discapacidad

Es interesante destacar del fallo que los fundamentos sobre los que basan sus análisis los operadores jurídicos (asesora, abogados, magistrados) transitan por la diferencia de concepción que sobre discapacidad postulan dos modelos: el *modelo médico rehabilitador* y el *modelo social*. Modelos que vienen del análisis sociológico de la discapacidad pero que, sin dudas, tienen una especial importancia en el análisis complejo del derecho y en especial en los instrumentos jurídicos que forman el sistema protectorio de la discapacidad.

Si bien es cierto que el modelo social fue superado con concepciones avanzadas, hemos sostenido que dicho modelo cobra importancia como un cambio de paradigma sobre el concepto “discapacidad” que, con la participación de los propios actores del colectivo¹, se impulsó para cambiar la mirada médica y tiene especial importancia al momento de dictar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en el seno de las Naciones Unidas.

(1) El modelo reconoce sus orígenes a finales de los años 60 con la participación del Movimiento de Vida Independiente desde la Universidad de Berkeley (California, USA) cuyas influencias llegan a Inglaterra.

Es válido afirmar que el modelo médico² define a la persona con discapacidad como un sujeto biológico, enfermo e impedido, y será objetivo del modelo realizar los esfuerzos necesarios en torno a la normalización del sujeto, es decir, a su rehabilitación que le permita gozar -lo más próximo posible- de estándares preestablecidos científicamente como índices de normalidad. El objetivo es rehabilitar a las personas impedidas con independencia del origen de las deficiencias. Sostiene Velarde Lizama³ que, como efecto de esta concepción, desde el punto de vista político y jurídico la discapacidad se enmarcaría dentro de la legislación de asistencia y la seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la menor capacidad, la incapacitación y la tutela.

En cambio, el *modelo social*⁴, cambia el paradigma pensando a la discapacidad como una consecuencia de la sociedad que discapacita al individuo al imponer barreras que imposibilitan el desarrollo de las personas en iguales oportunidades que las demás. Hemos caracterizado en otros análisis⁵ que los elementos fundantes del *modelo social* son:

- Considerar a la persona en sociedad.
- Considerar la discapacidad como una construcción social- barrera social que puede ser eliminada.
- Autonomía personal.

(2) Para profundizar sobre el modelo se puede consultar: PEREZ DALMEDA, María Esther-CHHABRA, Gagan. "Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas", *Revista Española de Discapacidad*, 7 (I), 2019, pp.7-27; PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos*, Thomson Reuters-La Ley, CABA, 2020; entre otros.

(3) VELARDE LIZAMA, Valentina. "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Revista Empresa y Humanismo*, Vol XV, n°1, Navarra, 2012, p. 125.

(4) Para profundizar sobre el modelo se puede consultar: BUCHART, Tania. "Capabilities and Disability: The capabilities framework and the Social Model of Disability", *Disability & Society*, 19 (7), Editorial Taylor & Francis (Routledge), pp. 735-751; BARNES, Colin - OLIVER, Mike. "Disability: A Sociological Phenomenon Ignored by Sociologists", junio 1993, <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/Barnes-soc-phenomenon.pdf> (consulta del 15 de julio de 2020); PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*, 1era. Edición, CERMI-Ediciones Cinca, Madrid, 2008; entre otros.

(5) Del análisis del modelo social en oportunidad de estudiar las problemáticas relacionadas con el empleo de las personas con discapacidad, ver SAAD, Carla - MINI, Emma. "Discapacidad, economía y estrategias legales como modo de inclusión de las PCD en el mercado de trabajo", en REY PÉREZ, José Luis - MATEO SANZ, Lourdes. *El empleo de las personas con discapacidad: oportunidades y desafíos*, Dykinson SL, Madrid, 2018, pp. 95/109; SAAD, Carla. "Una cuestión de Derechos Humanos: Acceso al trabajo de personas con discapacidad", *Revista de la Facultad*, Vol. IX, N°1 (2018), *Nueva Serie II*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, pp. 237-252; SAAD, Carla. "El Modelo Social y el seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Sudamérica - avances y retrocesos", aprobado para su publicación en *Anuario CIJS*, en prensa.

- Respeto por la autodeterminación.
- Igualdad de oportunidades (igualdad material).
- Eliminación de todo tipo de discriminación.

Entonces, la discapacidad sería un hecho social en el que las características médicas y biológicas tienen importancia en la medida en que evidencian la incapacidad de la sociedad de dar respuesta a sus necesidades.

Podemos afirmar que, desde este cambio de paradigma, la discapacidad es tratada bajo un nuevo enfoque, como una cuestión de derechos humanos, y que dicha concepción influye decididamente en la construcción de las nuevas normativas sobre reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad. Efecto importante de este modelo es la aprobación en la Asamblea General de las Naciones Unidas de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (CDPD) que entra en vigor en el año 2008 y se convierte en el mayor estándar de protección en reconocimiento de derechos. Palacios⁶ relaciona el modelo con el Tratado internacional demostrando que éste refleja el modelo social de discapacidad desde su Preámbulo, los principios de la Convención, el concepto discapacidad, el papel de las barreras sociales como discapacitantes, la accesibilidad, los ajustes razonables, todo de decidida influencia en la construcción e interpretación de las normas de derecho interno de los países adherentes.

Respecto del fallo que comentamos no podemos soslayar al momento de valorar la actuación del *a quo* cuando dispone declarar inaplicable al caso concreto lo dispuesto por el artículo 40, Código Civil y Comercial, la afirmación realizada por los peticionantes que sostienen: "... sin dejarse llevar por *vagas declaraciones de principios y cambios de paradigmas de moda* (el resaltado nos pertenece), cuya aplicación dogmática termina lesionando el derecho de la persona declarada incapaz a no ser molestada en su privacidad". Dichas afirmaciones no hacen más que reafirmar que el cambio paradigmático del *modelo médico* al *modelo social* -a pesar de haberse reflejado en un instrumento legal como la CDPD- necesita de una deconstrucción de la discapacidad, un cambio profundo y complejo que abarca las miradas políticas, sociales, culturales y económicas, un cambio que todavía no se ha completado coexistiendo -también en las construcciones normativas- ambos modelos.

II.2 Sobre la capacidad jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)

Grandes aportes conceptuales brinda el *modelo social* para comprender el cambio de paradigma que realiza la CDPD respecto de reconocer la capacidad jurídica de las personas. Anteriormente, a la hora de exponer nuestra consideración sobre los fundamentos del modelo, sostuvimos que son conceptos fundantes del mismo

(6) PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. Ob. cit., p.19 a 33.

la autonomía y autodeterminación de las personas con discapacidad. En ese razonamiento cobra especial relevancia el tratamiento de la capacidad jurídica en los sistemas normativos internos. Quizás, a modo de comentario, la forma de limitar o sustituir la capacidad jurídica de personas adultas, sea una de las rémoras del modelo médico en las legislaciones internas de los Estados. Palacios⁷ destaca la tensión entre los dos modelos, el modelo médico-rehabilitador que en materia de capacidad jurídica se expresa en el modelo de sustitución en la toma de decisiones, frente al modelo social que se refleja en el modelo de apoyos en la toma de decisiones. Es decir, en el primero son “otros” los que deciden sobre la persona y, en el segundo, es la persona quien decide por sí misma con los apoyos que sean necesarios en resguardo de los principios de autonomía, dignidad e igualdad, postulados del modelo social.

El artículo 12 de la CDPD adopta el régimen de reconocimiento a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, como principio general y su restricción como excepción. Una excepción que se reviste de humanidad al limitar como última ratio la autonomía de la voluntad de una persona. La adhesión de Argentina a la CDPD⁸ implica la obligación del Estado a procurar la derogación de toda legislación que limite total o parcialmente la capacidad jurídica de personas adultas y adoptar modelos de toma de decisiones con apoyos, que respete la autonomía, la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad para lograr una armonización del derecho interno con la CDPD.

El caso que nos ocupa pone en tensión los postulados de la Convención en torno a la disponibilidad del ejercicio del *derecho de revisión* de la sentencia de incapacidad. Sin embargo, el artículo 12, pto.4 dispone que los Estados Partes tienen la obligación de asegurar salvaguardias adecuadas y efectivas en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, dirigidas a impedir abusos. Estas medidas deben respetar los derechos, la voluntad y preferencia de las personas; evitar los conflictos de intereses e influencias indebidas de terceros, las medidas deberán ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias, efectuadas en un corto plazo y *sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.*

Es interesante destacar que la Observación General sobre el artículo 12⁹ (OG nro.1) del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue realizada por el organismo, motivado por ofrecer orientaciones adicionales que permitieran una interpretación adecuada del artículo 12. Entre sus valiosas aclaraciones, dedica

(7) PALACIOS, Agustina - FERNANDEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. Ob. cit., p.221.

(8) Recordemos que Argentina por ley 26378 aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, ley promulgada el 6 de junio de 2008, más tarde, por ley 27044, promulgada el 11 de diciembre de 2014, se le otorga jerarquía constitucional.

(9) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley* -CRPD/C/11/14, pto.12.

un punto a realizar una distinción entre los conceptos “capacidad jurídica” y “capacidad mental”. El punto 12 de la Observación aclara que “la capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. 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. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica”. Estas aclaraciones, a nuestro entender, refuerzan el derecho de la persona a ejercitar su capacidad jurídica, con los apoyos necesarios y suficientes, limitados solo de una manera temporal para así impedir la declaración a perpetuidad de una deficiencia.

Por supuesto que el análisis requiere una mirada sistémica, sin embargo, la invocación del artículo 22, inc. 1, CDPD que, al decir de los peticionantes, resultaba dirimente para el análisis del plexo normativo aplicado al caso concreto, no procede para avalar la posición del *a quo* respecto de la posibilidad de declarar la inaplicabilidad del *derecho de revisión*. Esto es así porque -a nuestro entender- el encuadre del respeto a la privacidad que el artículo pregona lo es respecto de “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y reputación”, situación que no reviste un acto procesal. Nos preguntamos, ¿sería una injerencia arbitraria o ilegal, o agresión ilícita, la realización de la audiencia personal o la realización de nuevos dictámenes tal y como lo prevé la normativa interna?

II. 3. Del ejercicio del derecho de revisión

El llamado *derecho de revisión* encuentra su antecedente en la modificación del artículo 152 ter del Código Civil Velezano como una primera forma de armonización con los postulados de la CDPD, en especial a su artículo 12. Dicha modificación fue realizada en el marco de la ley 26657 sobre Derecho a la Protección de la Salud Mental (promulgada el 2 de diciembre del 2010) que incorpora la temporalidad de la declaración judicial de incapacidad, el deber de detallar pormenorizadamente las funciones y actos que se limitan en la necesidad de resguardar el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las personas. Con la llegada del nuevo, aunque reformado Código Civil y Comercial se avanza sobre los requisitos que debe cumplimentar la revisión de la sentencia sumando a la temporalidad, la realización de nuevos dictámenes interdisciplinarios¹⁰ y la audiencia personal con la persona restringida en su capacidad.

(10) La exigencia del artículo 40 CCyC respecto de la realización de dictámenes interdisciplinarios encuentra su razón en las contemporáneas concepciones vigentes sobre la discapacidad que, con base en la CPCD, se alejan del “modelo médico-rehabilitador” para acercarse a la valoración de la diversidad humana en el marco de los derechos humanos.

Sostiene Calderón¹¹ que una de las reglas que más impacto ha ejercido en el régimen de la capacidad es el de la temporalidad de la sentencia. El artículo 40 del CCyC impone esta regla en protección de la persona con capacidad restringida, ya que el decisorio puede haber limitado la autonomía de la voluntad para ciertos actos y no para otros, y principalmente en ciertos casos, el diagnóstico puede ser superado por el sujeto protegido, por lo cual resulta de toda justicia que el mismo tenga la oportunidad de recuperar su plena libertad de decisión.

El *derecho de revisión* para resguardar en la persona con discapacidad el ejercicio del mayor grado de autonomía de la voluntad sobre los actos de su propia vida y en relación con terceros, encuentra su fundamento en el carácter evolutivo y no permanente de una discapacidad que resulta de la interacción entre las 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 demás¹².

El *derecho de revisión* tiene como correlato un deber y una facultad. El deber, según el artículo 40 CCyC, tiene como titulares al juez de la sentencia que restringe la capacidad o declara la incapacidad y al Ministerio Público que fiscaliza e insta -en su caso- el cumplimiento efectivo de la revisión judicial en el plazo máximo de tres años que la norma impone. La facultad de solicitar su revisión es a instancias del interesado en defensa de su capacidad jurídica. Fernández¹³ sostiene que es un deber para el/la magistrado/a pero también para Ministerio Público y para el curador instar dicha revisión, marcando que “a diferencia del anterior proceso de rehabilitación que resultaba en una facultad a promover por las personas interesadas -siendo posible entonces que una sentencia permaneciera pétreo en el tiempo si nadie provocaba su modificación-, el artículo en comentario lo impone como deber al Juez y al Ministerio Público en ejercicio de su deber de contralor, amén de prever el derecho a la revisión del propio interesado”. Lorenzetti¹⁴ amplía fundamentos del deber de revisión judicial, indicando que se justifica desde un criterio de garantía y de derecho de acceso a la justicia plenamente reconocido por los tratados de derechos humanos.

En la sentencia que analizamos, los votos de la mayoría sostienen los preceptos analizados anteriormente con distintos y válidos argumentos. Para el primer voto¹⁵,

(11) CALDERON, Laura. “Autonomía de la voluntad de las personas con capacidad restringida y su impacto en las relaciones laborales”, *Anuario CIJS 2021*, en prensa.

(12) Del reconocimiento de los Estados partes de la CPCD en el preámbulo de la Convención.

(13) FERNANDEZ, Silvia. “La capacidad jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en PALACIOS, Agustina - FERNANEZ, Silvia - IGLESIAS, María Graciela. *Situaciones de discapacidad y Derechos Humanos*, ob. cit., pp. 419-420.

(14) LORENZETTI, Ricardo (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación -comentado-*, T.I, Rubinzal Culzoni Editores, CABA, 2014, p. 192.

(15) Primer voto del Dr. Leonardo C. González Zamar, Vocal de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

“la cuestión traída a resolver radica en desentrañar si ante un diagnóstico de incapacidad fundado en una patología de carácter crónica -como la que padece el Sr. L.N.P.M.- y en el marco de una sentencia de declaración de incapacidad, resulta ajustado a derecho apartarse de la revisión de dicha declaración dispuesta por el artículo 40 del Código Civil y Comercial”. Refiere su voto que aun en los casos de patologías con pronóstico irreversible, definitivo y permanente, el deber impuesto al juez de revisar su sentencia de incapacidad es una garantía legal, constitucional y convencional que debe ser respetada en un todo de acuerdo con la posición doctrinaria que sostiene el derecho de revisión como un criterio de garantía y de derecho de acceso a la justicia. Es claro destacar lo acertado del voto. El análisis sobre el derecho que asiste a la persona declarada incapaz asume los presupuestos del *modelo social de la discapacidad* donde la patología es uno de los elementos, pero lo constitutivo son las barreras sociales que impiden el desarrollo de la persona con discapacidad. Pero también el Magistrado analiza el argumento del *a quo* en el marco de la norma expresa indicando con claridad que “resulta evidente que frente a los casos de diagnósticos irreversibles, la voluntad del legislador no ha sido eximir al juez de la obligación de evaluar periódicamente la evolución de la persona discapacitada. Por ende, no corresponde hacer distinciones donde la ley no los hace”.

Complementa el razonamiento de la mayoría, los argumentos del tercer voto¹⁶ que analiza el carácter del *derecho de revisión* de la sentencia de capacidad restringida. Sostiene el Magistrado que el ejercicio de la revisión “trata de un imperativo legal, de un deber legal y no de una facultad para el Juzgador”, aclarando que “las normas sobre capacidad han sido dirigidas al Tribunal, esto es, el deber de cumplir recae sobre el Titular del Juzgado a fin que se revise a la persona y, en todo caso, *a posteriori*, la sentencia dictada en este proceso”.

Por el contrario, el voto de la minoría¹⁷ en un todo de acuerdo con la decisión tomada por el *a quo*, fundamenta su disidencia en el carácter de la *patología* que presenta la persona restringida en su capacidad. Para ello, destaca que “se debe reafirmar y subrayar que someter a una persona con características psicofísicas como las que en autos se han acreditado, a exámenes periódicos (sumados a los exámenes y tratamientos que son propios de su patología) y a audiencias judiciales para las entrevistas, está muy lejos de dar efectiva protección a quien, ya de por sí, es víctima de sus propias limitaciones existenciales y para quien el proceso debe ser una real garantía al servicio del resguardo de sus derechos”. Asimismo, destaca el carácter tuitivo de la decisión del *a quo* respecto del actor al considerar el acto de revisión periódica como una “carga pesada y penosa, y una irrazonable violación a su derecho a la privacidad y a la tranquilidad”. Entiende que, para el caso de una

(16) Tercer voto del Dr. Dr. Julio C. Sánchez Torres, Vocal de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

(17) Segundo voto del Dr. Guillermo P.B. Tinti, Vocal de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

evolución favorable, queda inalterado el derecho a peticionar la rehabilitación del artículo 47, CCC.

Entendemos que el voto de la disidencia da valor absoluto al diagnóstico médico, situación que contradice el sistema normativo, pero también va de la mano de una concepción médica de discapacidad, enraizada en la enfermedad y el diagnóstico como únicos componentes conceptuales. En este punto es importante destacar que la CDPD reconoce que la “discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en iguales condiciones que las demás” y por lo tanto, la “revisión” debe considerar no solo la patología de la persona sino las situaciones que supongan una barrera para la posibilidad de ejercer sus actos con autonomía.

Creemos también importante mencionar que el acceso a la justicia es un derecho humano que el Estado deberá garantizar, mediante la implementación de todas las medidas de accesibilidad que deban producirse con relación a las diversas situaciones que se presenten. Para el caso comentado, el *a quo* priva al declarado incapaz de acceder a una revisión periódica del desarrollo y alcance de sus capacidades conservadas, en razón de considerar el trámite procesal una situación en extremo perturbadora, situación que supone acreditada en la entrevista personal dispuesta por el artículo 35, CCyC. Sin embargo, olvida el sentenciante que dicha situación debe ser superada no por la persona cuya declaración está en juego sino por todos los operadores intervinientes, inclusive el juez, que deben buscar los modos y las formas necesarias para que se cumpla la ley en iguales condiciones que una persona sin discapacidad. Es decir, debería asegurar el derecho de revisión realizando todas las adaptaciones necesarias para que se borren las barreras impuestas. En otros términos, generar las condiciones de accesibilidad para que la persona pueda cumplimentar el trámite en resguardo de sus derechos. En este sentido, es dable recordar las “Cien Reglas de Brasilia”¹⁸ que en su sección segunda designan a los beneficiarios y, para el caso de las personas con discapacidad específica (párr.8): “se establecerán las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural”. Creemos

(18) Para ampliar ver: *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* (Actualización aprobada por la Asamblea Plenaria de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, abril de 2018, Quito-Ecuador), <http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilias/item/817-cien-reglas-de-brasilias-actualizadas-version-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito>, (Consulta de 11/03/2021).

entonces que la solución no es suprimir derechos sino realizar todas las medidas de accesibilidad necesarias para que las personas puedan ejercerlos.

III. Conclusiones

En un interesante fallo, por voto de la mayoría, la Cámara restituye el ejercicio del derecho de revisión de la sentencia de incapacidad de una persona con discapacidad. No es un fallo más, es un puente que ayuda a concretar el paso de un modelo de discapacidad a otro distinto, que comienza por ser el llamado *modelo social*, pero que aún se sigue construyendo con base en la recuperación de derechos, más precisamente para el caso que nos ocupa, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. En esto, sin dudas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo son el estándar máximo que los sistemas legales internos deben armonizar conforme su compromiso y, más aún, cuando nuestro país le otorga jerarquía al integrarlo al llamado “bloque de constitucionalidad”.

En ese sentido, el voto mayoritario al restituir la revisión de la sentencia de incapacidad a cargo del juez que la dicta, en un plazo de tres años, en un todo conforme a lo dispuesto por el artículo 40, CCyC, dejando claro que es un deber y no una facultad del juez realizarla, rescata el *modelo social* al considerar la patología como uno de los componentes, pero no el determinante, y por consiguiente, rescata la idea de mutabilidad de la situación de discapacidad. Por ello, tal como el voto de la mayoría propugna, la opción es no restringir derechos sino reforzar su ejercicio.

A ello sumamos la posibilidad de repensar la función de los operadores del derecho, para el caso del juez y agregamos el deber de los jueces de adecuar sus prácticas tornando el acceso a la justicia asequible e inclusivo, tarea que deberá ser acompañada por políticas judiciales que -como fueron reconocidas en las Reglas de Brasilia- garanticen las condiciones de acceso efectivo, sin discriminación alguna, directa ni indirecta, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que les permitan a las personas con discapacidad, el pleno reconocimiento y goce de los Derechos Humanos que les son inherentes ante los sistemas judiciales.

Sentencia: Nro. 102

Tribunal: Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial

Fecha: 12/09/2017

Asunto: “P.M.L.N – Demanda de limitación a la capacidad – Cuerpo de copia – Cuerpo de apelación” - Expte N° 6184126

Magistrados: Dr. Leonardo C. González Zamar, Dr. Guillermo P.B. Tinti y Dr. Julio C. Sánchez Torres.

En la Ciudad de Córdoba a los doce días del mes de septiembre de dos mil diecisiete, siendo las once horas (11:00 hs) se reunieron en Audiencia Pública los Sres. Vocales integrantes de la Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial a los fines de dictar sentencia en estos autos caratulados: “P.M.L.N – DEMANDA DE LIMITACION A LA CAPACIDAD – CUERPO DE COPIA – CUERPO DE APELACION” - EXPT. N° 6184126, venidos a la Alzada con fecha 14/11/16, procedentes del Juzgado de Primera Instancia y Décimo Cuarta Nominación, a cargo del Sr. Juez Dr. Julio Fontaine (h) en virtud del recurso de apelación deducido en contra de la Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha cinco de agosto de dos mil dieciséis, obrante a fs. 1/4, que resolvía: “1. Hacer lugar a lo solicitado y, en consecuencia, declarar la incapacidad de ejercicio del Sr. L.N.P.M., D.N.I. ... 2. Declarar inaplicable al caso concreto lo dispuesto por el artículo 40, Código Civil y Comercial. 3. Designar curadores del Sr. L.N.P.M. a sus padres Sres. J.C.P, D.N.I. ..., y E.V.M, D.N.I. ... con las obligaciones y formalidades de ley, pudiendo aceptar el cargo en cualquier día y hora de audiencia, imponiendo como cargo la continuación de asistencia del Sr. L.N.P.M. al centro de día que asiste actualmente o institución similar, conforme los términos del considerando V. 4. Imponer las costas al Sr. L.N.P.M. 5. Regular los honorarios profesionales definitivos del Dr. Walter A. GEHRKE en la suma de Pesos ... (\$...). 6. Regular los honorarios profesionales definitivos de la Dra. Clara Mabel GUSMAN en la suma de Pesos ... (\$...). 7. Los honorarios regulados llevarán intereses desde la presente resolución, del modo indicado en considerando pertinente. 8. Oficiar al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, a los fines previstos por los arts. 32, *in fine*, 39 y conc., Código Civil y Comercial. Protocolícese...”.

El Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Procede el recurso de apelación de la Sra. Asesora Letrada?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Efectuado el sorteo de ley resultó el siguiente orden para la emisión de los votos: Dr. Leonardo C. González Zamar, Dr. Guillermo P.B. Tinti y Dr. Julio C. Sánchez Torres.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. LEONARDO C. GONZÁLEZ ZAMAR, DIJO:

I- A fs. 12, comparece la Sra. Asesora Letrada Civil y Comercial de Décimo Turno, en su calidad de representante promiscua del Sr. L.N.P.M., y deduce recurso de apelación en contra de la Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha cinco de agosto de dos mil dieciséis, cuya parte resolutive luce transcripta en el exordio del presente; el que fue concedido a fs. 13 de marras.

II- Arribados los autos a la alzada e impreso el trámite de ley, a fs. 21/24 la recurrente expresa sus agravios, los que se circunscriben a la declaración de inaplicabilidad del artículo 40 del CCyC., dispuesta por el a quo, para el caso de marras. Fustiga la decisión porque se ha omitido fijar un plazo para la revisión de la declaración de incapacidad, lo que resulta a todas luces contradictorio con lo dispuesto por el artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Explica que, conforme surge de la sentencia recurrida, el juzgador ha tomado como parámetro para no establecer plazo de revisión, el dictamen de los expertos que pronosticaron una patología crónica que se estima irreversible, definitiva y permanente.

En esta línea, señala que sin duda el diagnóstico funcional de retraso mental grave posee carácter de irreversibilidad, pero hoy los nuevos paradigmas en materia de salud mental se vienen modificando en aras de propiciar la no estaticidad de los diagnósticos.

Afirma que las conclusiones alcanzadas por los profesionales informantes en autos, responden claramente a aquel modelo médico del tratamiento de la discapacidad que la sociedad mundial tiende a modificar desde el aporte conjunto de las más diversas fuentes del conocimiento y el obrar humano.

Destaca que la normativa vigente, abre un abanico de soluciones jurisdiccionales en orden a la limitación del ejercicio pleno de la aptitud jurídica de una persona con deficiencia mental o intelectual, poniendo en jaque el régimen binario, asistencialista, centrado en el déficit.

Aduce que hoy, partiendo de la capacidad concebida como regla para todas las personas - incluidas las personas con afectaciones en su salud mental - la ley demanda del juzgador la clara y cabal especificación de los actos y funciones cuyo ejercicio limita, preservando en el mayor grado la autonomía personal del sujeto (artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación).

En esta misma línea, agrega que la nueva disposición guarda estrecha relación con lo dispuesto por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por nuestro país mediante Ley 26.378, y demás normativas supranacionales a las cuales se debe absoluto respeto, atento haber sido suscriptas por nuestra Nación.

Refiere que el caso de marras, se trata de una persona con retraso mental grave que se encuentra inserta en un entorno familiar que contempla sus necesidades integrales.

Señala que la sola existencia de un “diagnóstico” en el campo de la salud mental, si bien indica una presunción de incapacidad, demanda una evaluación interdisciplinaria de cada situación, de cada caso concreto, en un contexto social y familiar y en un momento determinado (conf. artículo 5 de la Ley N° 26.657, artículo 46 incs. a, c y d Ley Provincial N° 9848).

Como corolario, considera que privar al declarado incapaz L.N.P.M. de acceder a una revisión periódica del desarrollo y alcance de sus capacidades conservadas, conforme lo dispone el artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación, causa un perjuicio irreparable y es claramente violatorio de sus derechos y garantías constitucionales. Solicita en consecuencia, se haga lugar al recurso articulado y se revoque la sentencia en los términos expresados.

Corrido el traslado de ley, a fs. 26/28vta. lo evacuan los peticionantes Sres. J.C.P y E.V.M. En esta línea plantean que los argumentos de la recurrente no logran conmover el fallo recurrido, toda vez que el juez a quo da acabados fundamentos del por qué considera que para el presente caso resulta inaplicable la revisión del artículo 40 del CCyC. Manifiestan que el sentenciante se toma verdaderamente en serio los derechos y garantías constitucionales de la persona declarada incapaz, sin dejarse llevar por vagas declaraciones de principios y cambios de paradigmas de moda, cuya aplicación dogmática termina lesionando el derecho de la persona declarada incapaz a no ser molestada en su privacidad. Afirma que sobre la cuestión resulta dirimente lo dispuesto en el artículo 22 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Agregan que en el caso de autos, ha quedado debidamente acreditado que la entrevista personal dispuesta por el artículo 35 del CCyC, ha resultado verdaderamente perturbadora para L. Asimismo aducen que de la pericia multidisciplinaria se desprende que la patología de L. se estima irreversible, definitiva y permanente; y que el referido dictamen no fue impugnado ni objetado oportunamente, por lo que mal puede pretenderse ahora dejarlo sin efecto basándose sólo en una mera enunciación de principios generales sin fundamento.

En función de ello, sostienen que imponerle a L la revisión periódica de su declaración de incapacidad, lejos de beneficiarlo importaría una violación a su derecho a la privacidad y una pesada carga para él y su familia.

Corrido el traslado a la Sra. Fiscal de Cámaras, a fs. 32/33vta. la titular se manifiesta en el sentido de que no corresponde emitir dictamen sobre el particular toda vez que el TSJ por Acuerdo Reglamentario Número 1305, Serie A, de fecha 01 de septiembre de 2015, dispuso que “el artículo 103 del Código Civil y Comercial

cuando refiere al Ministerio Público convoca a los Asesores Letrados, sin perjuicio de las facultades que le caben al Ministerio Público Fiscal”.

III- Dictado y firme el decreto de autos, queda la cuestión en condición de ser resuelta.

IV- Ingresando al estudio de la causa, se advierte que por Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha 5/08/16, el juez a quo declara la incapacidad de ejercicio del Sr. L.N.P.M., a tales efectos designa como curadores a sus padres J.C.P. y E.V.M. y dispone la inaplicabilidad para el caso concreto del artículo 40 del CCy C.

Para así decidir, el magistrado consideró debidamente acreditado el estado de incapacidad con los certificados acompañados a fs. 4/5 y el dictamen pericial interdisciplinario obrante a fs. 65/66 vta., los que dan cuenta de que Leandro se encuentra imposibilitado de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo o formato adecuado. Todo lo cual, a su vez, fue corroborado por el propio magistrado en oportunidad de la entrevista personal del artículo 35 CCy C.

En esta misma línea, y a la luz de la contundencia del dictamen de los expertos que pronosticaron una patología crónica que se estima irreversible, definitiva y permanente, el juez resolvió no aplicar la revisión dispuesta por el artículo 40 del Código Civil y Comercial de la Nación. Argumentó, que no existe razón alguna para considerar un cambio en la situación de L, y dado que la declaración de incapacidad es en protección de la persona, deben evitarse las situaciones innecesarias y perjudiciales para la persona. Agrega que, conforme la normativa citada, la revisión de la sentencia sería previa nueva entrevista personal con el anteriormente declarado incapaz, acto que resulta perturbador para L, como lo fue la entrevista del artículo 35. En esta senda, concluye que someter a la persona en tal situación a un examen periódico puede violentar la efectiva protección de quien, ya de por sí, es víctima de sus propias limitaciones existenciales y para quien el proceso debe ser una real garantía al servicio del resguardo de sus derechos, máxime cuando de existir una evolución favorable se encuentra previsto por las normas sustanciales y formales el derecho a peticionar la rehabilitación (conf. artículo 47 del CCyC y el artículo 841CPC).

V- Tal como se desprende de lo referenciado supra, la cuestión traída a resolver radica en desentrañar si ante un diagnóstico de incapacidad fundado en una patología de carácter crónica -como la que padece el Sr. L.N.P.M.- y en el marco de una sentencia de declaración de incapacidad, resulta ajustado a derecho apartarse de la revisión de dicha declaración dispuesta por el artículo 40 del Código Civil y Comercial.

Adelanto opinión en el sentido de que corresponde hacer lugar a la apelación deducida por la Sra. Asesora Letrada, atento las razones que a continuación se exponen.

A tales fines, considero de utilidad efectuar una breve síntesis de la evolución normativa que ha operado en la materia. En este orden de ideas, cabe destacar que el artículo 152 ter del Código Civil velezano, introducido por la Ley de Salud Mental N° 26.657 de fecha 2/12/10, disponía que: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado 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”.

La fijación de este límite temporal, fue objeto de disímiles posturas. Por un lado, la doctrina minoritaria, apegada al texto de la norma, propiciaba la caducidad automática de la sentencia una vez cumplido el plazo, lo cual traía la inconveniencia de tener que iniciar un nuevo proceso en caso de persistir las causas que dieron lugar a la declaración de inhabilitación o incapacidad. Por su lado, la doctrina mayoritaria, enrolada en una hermenéutica acorde con el espíritu de la Ley 26.657, consideraba que el término de tres años, importa un plazo en el cual debe hacerse – incluso oficiosamente – un reexamen de la situación del declarado incapaz o inhabilitado. Es decir, lo interpreta como una “exigencia” de revisar la sentencia en el plazo indicado, a los fines de determinar si el pronunciamiento se encuentra acorde a las actuales circunstancias, pero no importa caducidad.

En este sentido la jurisprudencia ha dicho que “el paso de los tres años previsto por la parte final del artículo 152 ter del Código Civil, no significa la caducidad de la sentencia de interdicción sino que importa la obligación de revisar, dentro de este plazo, si aún concurren en la misma medida los elementos que condujeron a su dictado” (CN Civ, sala I, 12-7-12, “I. A s/ Insania”, R N° 035580 citado por Burundarena, Ángeles, “Proceso declarativo de restricción a la capacidad y excepcional de incapacidad en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia (Ciudad Autónoma de Buenos Aires,)”, Revista de Derecho Procesal 2015-2- Procesos de Familia, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, pág. 391).

Esta postura, es la que mejor se consulta con los términos de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, aprobada por Ley 26.378 (Promulgada el 6/06/08), en cuanto establece, en su artículo 12 inc.4°, que los Estados partes deberán disponer salvaguardias que aseguren que todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica “... estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial...”.

Cabe destacar también, que la figura de la revisión de la sentencia declarativa, guarda una estrecha relación con lo dispuesto por la Ley de Salud Mental Nacional N° 26.657 en su artículo 7 inc. n, donde se reconoce el “...Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable...”.

Pero más allá de los valiosos intentos doctrinarios y jurisprudenciales, es con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, que se zanja

esta cuestión y se despeja toda duda interpretativa en torno a la procedencia de la revisión de la sentencia declarativa.

En esta línea, el artículo 40 del citado cuerpo normativo, amplía el diseño establecido por el artículo 152 ter del código velezano, porque a más de introducir “expresamente” la obligación de revisar la sentencia por parte del juez, impone al Ministerio Público la carga de fiscalizar el efectivo cumplimiento de tal revisión: “La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido”.

Ahora bien, y a la luz de la normativa reseñada supra, cabe destacar que, si bien de la prueba rendida en autos, principalmente el dictamen pericial interdisciplinario de fs. 65/66 (autos “P. M., L.N. – Demanda de Limitación a la capacidad” Expt. N° 5840262, que tengo a la vista), surge que L padece de insuficiencia de las facultades mentales, de origen perinatal, patología de carácter crónico que se estima irreversible, definitiva y permanente, ello no es óbice para soslayar el nuevo paradigma con el cual corresponde abordar la temática. En este sentido, y teniendo como norte la presunción de capacidad y el derecho a que los padecimientos no sean considerados un estado inmodificable, se advierte que la “revisión periódica” de la sentencia, se erige como una garantía esencial para Leandro, toda vez que constituye uno de los pilares en el paradigma de la discapacidad social.

En este sentido, puede decirse que la revisión de la sentencia declarativa se presenta coherente con la concepción interdisciplinaria de la salud mental y -tal como se señaló supra- con el modelo social de la discapacidad propiciado por la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” (Ley 26378), al tiempo que se muestra contraria a la regulación civil tradicional, que ha entendido a la incapacidad desde un concepto biológico-jurídico, en virtud del cual la modificación de la sentencia originaria solo podía habilitarse en caso de “recuperación”: con la rehabilitación.

Resulta evidente que frente a los casos de diagnósticos irreversibles, la voluntad del legislador no ha sido eximir al juez de la obligación de evaluar periódicamente la evolución de la persona discapacitada. Por ende, no corresponde hacer distinciones donde la ley no los hace.

La persona cuya capacidad se restringe, e incluso aquella respecto de la cual se declara la incapacidad, puede en el decurso de su vida, presentar modificaciones en su estado de salud mental, estilo de vida, conforme diferentes variaciones en las circunstancias- físicas, biológicas, sociales, económicas – que originalmente ameritaron el dictado de la sentencia, y estos cambios de ninguna manera, deben pasar

inadvertidos en un sistema de salud donde la capacidad es la regla y la limitación a la autonomía personal es la excepción (conf. Burundarena, Ángeles, "Proceso declarativo de restricción a la capacidad y excepcional de incapacidad en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia (Ciudad Autónoma de Buenos Aires,)", Revista de Derecho Procesal 2015-2- Procesos de Familia, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, pág. 391).

En igual sentido se expidió esta Excma. Cámara, en autos "B.J.I. - DEMANDA DE LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD - CUERPO (CIVIL) DE APELACION" - EXPTE. Nº 6011562, Sentencia Nº 126 de fecha 16/11/16.

La jurisprudencia local también exhibe pronunciamientos en sentido análogo al que aquí se propicia (Ca.6°C.C. en autos "C. Alfredo Daniel- Demanda de limitación de la Capacidad - Cuerpo (civil) de Apelación" Expte nº 2837661/36 - Sentencia Nº 84 de fecha 30/08/16)

Y en el orden nacional la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, se ha expedido sobre el tópico diciendo que "... aun frente a pacientes con pronósticos médicos irreversibles,.. la periodicidad de su reexaminación se justifica en el carácter evolutivo y circunstanciado de su más amplia concepción como persona discapacitada. No se trata de supeditar la asistencia y tutela estatales a la demostración periódica de su enfermedad... sino más bien de actualizar cada tres años el estudio circunstanciado del estado de su patología a los fines de auscultar su evolución, con el objeto de observar – aun en los cuadros médicamente irremisibles – los avances que el paciente pudiere haber logrado en el desenvolvimiento cotidiano de su existencia, para así establecer y obtener o requerir las adicionales salvaguardias que sean necesarias en beneficio de su mayor autonomía residual (SCBA, "E. E. R. s/insania y curatela", 08/07/2014, en Microjuris, MJ-JU-M-87666-AR).

A mayor abundamiento, cabe añadir que, aún en los casos de patologías con pronóstico irreversible, definitivo y permanente, como el que presenta L, en el cual el cambio de su condición se presenta como poco probable y para quien la revisión trianual implicaría la violación de su derecho a la privacidad y la consagración de una pesada carga para él y su familia, debo decir con énfasis que, aún en esos casos, el deber de revisión no tiene por fin cumplir un prurito formal, sino que se erige como una garantía legal, constitucional y convencional para Leandro, que debe ser respetada.

En esta misma línea se ha manifestado la doctrina, cuando sostiene que si bien el derecho del interesado a solicitar la revisión se fundamenta principalmente en el cambio de las circunstancias de la persona que dieron lugar a los supuestos legales de incapacidad o capacidad restringida ... el deber de revisión judicial ... se justifica desde un criterio de garantía y de derecho de acceso a la justicia (conf. Alfredo J. Kraut y Agustina Palacios, en Ricardo L. Lorenzetti (director), Miguel F. De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (coordinadores), Código Civil. Tomo I., p. 192.,

citado por Sánchez Herrero, Andrés, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo I, Editorial La Ley, Año 2016).

Corolario de lo expuesto, considero que el carácter irreversible de la patología del Sr. L.N.P.M., no se erige como un supuesto de excepción para eludir la revisión de la sentencia declarativa de incapacidad, dispuesta por el artículo 40 del CCyC.

VI- A mérito de las razones dadas, estimo que corresponde acoger el recurso de apelación deducido por la Sra. Asesora Letrada Civil del Décimo Turno y en consecuencia establecer que la declaración de incapacidad dictada en relación al Sr. L.N.P.M. deberá ser revisada en un plazo no superior a tres años, en base a nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado. Así voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. GUILLERMO P.B. TINTI, DIJO:

Con el máximo respeto por la opinión dada en el voto precedente, debo presentar despacho en disidencia, pues a mi modo de ver corresponde confirmar por sus propios fundamentos la sentencia de primera instancia y rechazar el recurso de apelación:

a.-) Coincido y hago propios los fundamentos dados por el señor Juez de Primera Instancia en la sentencia y -del mismo modo- estimo que para este caso concreto resulta inaplicable la norma del artículo 40 del CCC, habida cuenta de lo terminante y contundente que ha sido el dictamen de los expertos que establecieron con toda precisión que la patología del señor L.N.P.M. es crónica, irreversible, definitiva y permanente, sin que exista ninguna razón para considerar posible un cambio de su situación.-

b.-) A tal fin el suscripto solicitó la remisión y tuvo ante la vista el expediente principal, apreciando allí el certificado de incapacidad emitido al actor (fs. 4), la certificación elaborada por el servicio de Psicopatología del Hospital Nacional de Clínicas de la Universidad Nacional de Córdoba (fs. 5), los informes expedidos por el Centro Educativo Terapéutico "Mi Lugar" (fs. 7 y ss), y el dictamen pericial interdisciplinario (fs. 65); todo lo cual lleva certeza en cuanto a lo irreversible del estado del paciente, al punto que en el recurso de apelación (fs. 21/24) no se desmienten en lo más mínimo los estudios, conclusiones y dictámenes acerca del real estado de salud del señor L. P. M., ni se ocupa de señalar un solo error en los mismos.-

c.-) Como bien hace notar la resolución de primera instancia, la declaración que se persigue con esta acción es para la protección del incapaz, ante lo cual debe hacerse lo posible para evitarle situaciones tan penosas como innecesarias y perjudiciales.

La aplicación estricta y a rajatabla que se pretende del artículo 40 del CCyC que promueve la revisión de la sentencia debería hacerse previa una nueva entrevista personal con el ya declarado incapaz o con restricción a la capacidad, acto que

sólo puede resultar perturbador para Leandro, haciendo ver el señor Juez a-quo que ya lo fue la entrevista del artículo 35, Código Civil y Comercial. Entonces -con buen sentido- se pregunta el primer sentenciante ¿para qué someter a Leandro a tal incómoda situación sólo para cumplimentar un prurito formal, si la situación no puede modificarse?-

Vale sobre este punto destacar la prudencia, delicadeza y el sentido común que egresan de la sentencia bajo recurso.-

d.-) Y en tal orden de ideas se debe reafirmar y subrayar que someter a una persona con características psicofísicas como las que en autos se han acreditado, a exámenes periódicos (sumados a los exámenes y tratamientos que son propios de su patología) y a audiencias judiciales para las entrevistas, está muy lejos de dar efectiva protección a quien, ya de por sí, es víctima de sus propias limitaciones existenciales y para quien el proceso debe ser una real garantía al servicio del resguardo de sus derechos.-

Resulta entonces no sólo jurídicamente más tuitivo para la persona del actor, sino además mucho más humano, razonar como lo hacen los padres en sentido que la revisión periódica que se pretende lejos de beneficiarlo importaría someterle a una carga pesada y penosa y una irrazonable violación a su derecho a la privacidad y a la tranquilidad.-

e.-) Igualmente se ha hecho ver -y por ello también el decisorio merece confirmación- que en la hipótesis (imposible de momento, harto improbable en el futuro) de existir una evolución favorable, es inalterado el derecho a peticionar la rehabilitación (artículo 47, CCyC).-

Por lo expuesto propongo:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.- Sin costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. JULIO C. SÁNCHEZ TORRES, DIJO:

1. La relación de causa efectuada por el Sr. Vocal del primer voto satisface las exigencias formales, por lo que corresponde remitirse a ella en homenaje a la brevedad.

2. Coincido con la solución final propuesta por el Dr. Leonardo González Zamar. Esta afirmación se apoya en que en los supuestos del artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación, caso sub examine, el juez en un plazo no superior a los tres años debe revisar la persona, más que la sentencia. Se trata de un imperativo legal, de un deber legal y no de una facultad para el Juzgador.

3. A su vez, el ordenamiento sustancial aludió claramente a la situación de las personas a las cuales se le restringió la capacidad, como aquellas que se incapacitaron, sin distinguir la índole de la alteración mental que afectaba a la persona.

4. Por otro lado, las razones invocadas por el Sr. Juez a quo, que refieren en pocas palabras a la incomodidad que pudiere sentir L. con la exigencia que dimana del artículo 40 del C. C. y C. N., no necesariamente se debe llegar a la conclusión que se cumple con un prurito formal.

5. No debe perderse de vista que el sistema que rige en la actualidad regula dos sistemas, uno de incapacidad genérica y otro de capacidad genérica, ambos flexibles y graduales, con la finalidad primera de asegurar la libertad posible y la tutela que requiera la persona. Además, este artículo no tiene igual ámbito de aplicación que el artículo 47 del mismo ordenamiento. Esto último se pone de resalto ya que pareciere que podría “suprimirse” la aplicación del artículo 40 de la legislación sustantiva, ya que en el futuro pudiere solicitarse el cese de la declaración de incapacidad.

6. Asimismo, no sólo debe declararse en todo caso inaplicable el artículo 40, sino también por el artículo 2 del C. Civil y Comercial de la Nación, debiere declararse que no es aplicable al caso sub judice, la Convención de los Derechos para las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley 26.378.

7. En fin, voto en igual sentido que el Dr. González Zamar, con la aclaración que las normas sobre capacidad han sido dirigidas al Tribunal, esto es, el deber de cumplir recae sobre el Titular del Juzgado a fin que se revise a la persona y, en todo caso, a posteriori, la sentencia dictada en este proceso.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. LEONARDO C. GONZÁLEZ ZAMAR, DIJO:

Estimo que corresponde: Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. Asesora Letrada Civil del Décimo Turno en contra de la Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha cinco de agosto de dos mil dieciséis, y en consecuencia revocar parcialmente el resolutorio sólo en lo que fue materia de agravio, disponiendo que la declaración de incapacidad dictada en relación al Sr. L.N.P.M. deberá ser revisada en un plazo no superior a tres años, en base a nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado, de conformidad lo norma el artículo 40 del CCyC.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. GUILLERMO P.B. TINTI, DIJO:

Por lo expuesto propongo rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida. Sin costas.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL DR. JULIO C. SÁNCHEZ TORRES, DIJO:

Compartiendo las conclusiones a las que arriba el Sr. Vocal Dr. Leonardo C. González Zamar, a la cuestión planteada voto en igual sentido.

Por todo lo expuesto, y por mayoría este Tribunal

RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso de apelación deducido por la Sra. Asesora Letrada Civil del Décimo Turno en contra de la Sentencia Nro. Doscientos cincuenta y cinco (255) de fecha cinco de agosto de dos mil dieciséis, y en consecuencia revocar parcialmente el resolutorio sólo en lo que fue materia de agravio, disponiendo que la declaración de incapacidad dictada en relación al Sr. L.N.P.M. deberá ser revisada en un plazo no superior a tres años, en base a nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando audiencia personal con el interesado, de conformidad lo norma el artículo 40 del CCyC.

2) Protocolícese, hágase saber y bajen.

**OPINIÓN CONSULTIVA - OC-26/20 DE LA CTEIDH
LA DENUNCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SO-
BRE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CARTA DE LA OR-
GANIZACION DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y SUS
EFECTOS SOBRE LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS***

*INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ADVISORY OPINION
OC-26/20 OF NOVEMBER 9, 2020*

*THE OBLIGATIONS IN MATTERS OF HUMAN RIGHTS OF A STATE
THAT HAS DENOUNCED THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN
RIGHTS AND THE CHARTER OF THE ORGANIZATION OF AMERICAN
STATES*

*María Alejandra Sticca***

Sumario: I. Introducción. II. Aspectos introductorios de la OC. III
Aspectos centrales de la OC.

I. Introducción

En esta nota presentamos aspectos que consideramos centrales de la Opinión Consultiva (OC) 26 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),

* Trabajo recibido el 15 de marzo de 2021 y aprobado para su publicación el 15 de abril del mismo mes y año.

** Doctora en Derecho y Cs. Sociales (Universidad Nacional de Córdoba/UNC). Mg. en Cooperación Internacional al Desarrollo. Abogada. Lic. en Relaciones Internacionales. Prof. Titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho (FD-UNC). Coordinadora Académica del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (FD-UNC). Email: Alejandra.sticca@unc.edu.ar

pronunciada el 9 de noviembre de 2020¹, a solicitud de la República de Colombia, en la que la Corte refirió tanto los efectos jurídicos de la denuncia por un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Estados Americanos como los mecanismos de garantía colectivos que existen en el sistema interamericano. Cabe señalar que esta OC, contó con el voto disidente del Juez Eugenio Zaffaroni y el voto a favor y parcialmente disidente del Juez L. Patricio Pazmiño Freire².

II. Aspectos introductorios de la OC

El 6 de mayo de 2019 la República de Colombia, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento de la Corte IDH, presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre “las obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos e intente retirarse de la Organización de Estados Americanos”³.

Colombia presentó a la Corte las siguientes consultas específicas:

- A. A la luz del derecho internacional, convencional y consuetudinario, y, en particular, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948: ¿Cuáles son las obligaciones en materia de derechos humanos que tiene un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?
- B. En el evento de que dicho Estado denuncie además la Carta de la Organización de los Estados Americanos y busque retirarse de la Organización, ¿cuáles son los efectos que dicha denuncia y retiro tienen sobre las obligaciones a que se refiere la primera pregunta?
- C. Cuando se presenta un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que ocurra bajo la jurisdicción de un Estado de las Américas que haya denunciado la Convención Americana y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”),
 1. ¿Qué obligaciones en materia de derechos humanos tienen los restantes Estados Miembros de la OEA?

(1) Integrada por: Jueza Elizabeth Odio Benito, Presidente; Juez L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente; Juez Eduardo Vio Grossi; Juez Humberto Antonio Sierra Porto; Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot; Juez Eugenio Raúl Zaffaroni y Juez Ricardo Pérez Manrique. Presentes, además, Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y Romina I. Sijniensky, Secretaria Adjunta.

(2) Texto completo de la sentencia y los votos disidentes se pueden consultar en el siguiente link https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm

(3) El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf

2. ¿De qué mecanismos disponen los Estados Miembros de la OEA para hacer efectivas dichas obligaciones?
3. ¿A qué mecanismos de protección internacional de derechos humanos pueden acudir las personas sujetas a la jurisdicción del Estado denunciante?

La Secretaría de la Corte recibió Observaciones elaboradas por algunos Estados, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por instituciones académicas, ONGs e individuos de la sociedad civil⁴.

Si bien en esta nota, no nos detendremos en consideraciones formales (no por ello menos importantes), dejamos planteado que la Corte dedicó buenos párrafos de su opinión a clarificar algunos aspectos formales que fueron objeto de varias observaciones escritas y orales. Dichas observaciones efectuaron diversas ponderaciones sobre la competencia de la Corte para emitir esta opinión consultiva, así como sobre la admisibilidad y procedencia de las preguntas formuladas. La Corte IDH examinó su competencia, admisibilidad y procedencia de dar respuesta a las preguntas formuladas por el Estado solicitante, para lo cual se refirió a: (a) el requisito formal de especificar las disposiciones que deben ser interpretadas; (b) la competencia *ratione personae*; (c) la competencia sobre los instrumentos regionales involucrados y otras fuentes de derecho internacional; (d) la procedencia de la solicitud de opinión consultiva; y (e) el requisito formal de formular las preguntas con precisión y la facultad de la Corte de reformular las preguntas planteadas.

III. Aspectos centrales de la OC

Entrando al fondo de la consulta, la Corte IDH en su opinión siguió el orden de las preguntas efectuadas por el solicitante, de este modo se abocó, en primer lugar, a desentrañar *cuáles son las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que subsisten para un Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

A fin de abordar la pregunta en los términos en que fue formulada, la Corte estima necesario referirse a las siguientes cuestiones en su interpretación de las disposiciones relevantes traídas a consulta: (a) las reglas de derecho internacional general aplicables a la denuncia de tratados y la especificidad de los tratados de derechos humanos; (b) la cláusula de denuncia contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus pautas procedimentales; y (c) las consecuencias sobre las obligaciones internacionales de un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como para las personas bajo su jurisdicción.

(4) Pueden consultarse todas las Observaciones presentadas en http://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=2069

La Corte expone brevemente y como punto de partida, las reglas de derecho internacional general aplicables a la denuncia de tratados, y luego pasa a desarrollar consideraciones relativas a la especificidad de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana.

Debido a que la entrada en vigor de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 es posterior a la entrada en vigor de la Convención Americana, y pudiera darse el supuesto de que un Estado Miembro de la OEA no sea parte de la misma, la Corte advierte que es un hecho aceptado que la Convención de Viena refleja determinadas reglas aplicables de derecho internacional consuetudinario. En consecuencia, afirma es posible derivar como regla general que la denuncia de un tratado internacional debe ajustarse a los términos y condiciones establecidos en el propio texto de las disposiciones del tratado (art. 54.a) de la Convención de Viena). Y, en el caso que el propio tratado no prevea la posibilidad de ser denunciado, la ausencia de una disposición expresa en tal sentido resultaría indicativa de que el Estado no podrá desligarse de su compromiso adquirido y que el tratado tendrá una vigencia continua, salvo que se dé alguna de las dos excepciones establecidas, esto es, que conste la intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro, o que ésta pueda inferirse de la naturaleza del tratado (art. 56.1 de la Convención de Viena). En estos supuestos, deberá notificar su intención de denunciar o de retirarse al menos con doce meses de antelación (art. 56.2 de la Convención de Viena).

Seguidamente, la Corte pasa a considerar la naturaleza de los tratados en materia de DD.HH. en los siguientes términos: *“los tratados de derechos humanos son un tipo específico de tratados multilaterales, en tanto no establecen derechos recíprocos entre los Estados ni protegen sus intereses, sino que disponen obligaciones hacia las personas bajo su jurisdicción y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes a través de la acción de los órganos de protección, no todas las disposiciones generales contenidas en la Convención de Viena en relación con la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados resultan estrictamente aplicables, como por ejemplo cuando se refiere a la terminación por incumplimiento material o grave(...)”*⁵. A ello agrega la Corte que *“los tratados de derechos humanos expresan principios axiológicos universales de los que no debería permitirse su retirada”*.

La Corte entiende que toda vez que la Convención Americana si contiene cláusulas que permiten su denuncia, artículo 78, existe la facultad estatal de poner fin a su participación en la misma. Examina los dos requisitos que prevé dicho artículo 78 y alude expresamente a los mecanismos a nivel interno de cada Estado para la denuncia de los tratados, particularmente en materia de derecho humanos.

Ahora bien, y luego de detenerse a considerar que existen diversos grados de protección de los derechos humanos en el continente, la Corte entiende que “la

(5) Cf. Párrafo 48.

denuncia de un tratado de derechos humanos, como la Convención Americana, representa una regresión en el nivel de protección interamericana de los derechos humanos y en la procura de la tan mentada universalización del sistema interamericano.” Por ello, pone énfasis en los “mecanismos de garantía colectivos”, punto al que dedica la última parte de su opinión. Sobre este último punto, concluye afirmando que “si bien actualmente no existe una uniformidad en la práctica estatal, en aquellos países que regulan constitucionalmente el procedimiento interno para la denuncia de tratados si se verifica una tendencia marcada en considerar, como una condición necesaria en una sociedad democrática, la participación del poder legislativo”⁶.

Seguidamente, la Corte se detiene en las consecuencias sobre las obligaciones internacionales de un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como para las personas bajo su jurisdicción. La Corte destaca seis consecuencias principales, a saber:

- Las obligaciones convencionales permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva;
- La denuncia efectiva de la Convención Americana no surte efectos retroactivos
- La vigencia de las obligaciones que surgen de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantiene activa;
- La denuncia efectiva de la Convención Americana no anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos;
- Las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la OEA y la Declaración Americana perduran bajo la supervisión de la Comisión Interamericana;
- Las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general.

La Corte recuerda que “La consecuencia central de la denuncia efectiva de la Convención, como tratado de derechos humanos, consiste en despojar a las personas bajo la jurisdicción del Estado concernido de la protección multinivel, en concreto de la posibilidad de acudir a las instancias judiciales internacionales como la Corte Interamericana para reclamar su exigibilidad a un nivel complementario de protección judicial de sus derechos. Sin embargo, subsistirán determinadas obligaciones

(6) Cf. Párrafo 62.

internacionales en materia de derechos humanos en tanto Estados Miembros de la OEA”⁷.

En cuanto a la segunda pregunta del solicitante referida a *los efectos de la denuncia de la carta de la Organización de los Estados Americanos por un Estado miembro que no es parte de la Convención Americana sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos*, la Corte recuerda que el artículo 143 de la Carta de la OEA prevé la posibilidad de que un Estado Miembro de la Organización denuncie su tratado fundacional y, de este modo, cesen los efectos del mismo a futuro para el Estado denunciante. También recuerda que no es posible denunciar la Carta de la OEA con efectos inmediatos. Enfatiza que la referida cláusula dispone de un período de transición de dos años, durante el cual adquiere especial gravitación que el resto de los Estados Miembros de la OEA, como garantes colectivos de su eficacia en lo que se refiere a la observancia de los derechos humanos.

En conclusión, la Corte determina que, “cuando un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos denuncia la Carta, se verifican las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones de derechos humanos derivadas de la Carta de la OEA permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Carta de la OEA no surte efectos retroactivos; (3) el deber de cumplir con las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se mantiene hasta su cumplimiento total; (4) el deber de cumplir con los tratados interamericanos de derechos humanos ratificados y no denunciados conforme a sus propios procedimientos permanece vigente; (5) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, así como subsiste el deber de cumplir con las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas”.

Finalmente, refiere a *la noción de garantía colectiva subyacente al sistema interamericano*. Esta pregunta formulada por Colombia refiere a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los demás Estados Miembros de la OEA respecto de un Estado que denuncia la Convención y se retira de la organización regional por haber denunciado la Carta de la OEA.

La Corte afirma: “La garantía colectiva se traduce, pues, en una obligación general de protección que tienen tanto los Estados Partes de la Convención como los Estados Miembros de la OEA entre sí, para asegurar la efectividad de dichos instrumentos, que constituye una obligación *erga omnes partes*. En esta medida, la Corte subraya que las normas de derechos humanos, tanto aquellas convencionales como las que se derivan de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, reflejan

(7) Párrafo 114.

valores comunes e intereses colectivos que se consideran importantes y, por tanto, lo suficientemente dignos de beneficiarse de la aplicación colectiva”.

Concluye sosteniendo que “la garantía colectiva implica un deber de los Estados de actuar conjuntamente y cooperar para proteger los derechos y libertades que se han comprometido internacionalmente a garantizar a través de su pertenencia a la organización regional y, en particular: (1) exteriorizar de forma oportuna sus observaciones u objeciones ante cualquier denuncia de la Convención Americana y/o de la Carta de la OEA que no resista un escrutinio a la luz del principio democrático y afecte el interés público interamericano; (2) asegurar que el Estado denunciante no se considere desligado de la OEA hasta tanto no haya dado cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos adquiridas a través de los diversos mecanismos de protección en el marco de sus respectivas competencias y, en particular, aquellas que se relacionan con el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana hasta la conclusión del procedimiento; (3) cooperar para lograr la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos y así erradicar la impunidad; (4) otorgar protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo al territorio a potenciales solicitantes de asilo, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera; y (5) realizar los esfuerzos diplomáticos bilaterales y multilaterales, así como ejercer sus buenos oficios de forma pacífica, para que aquellos Estados que hayan efectivizado su retiro de la OEA vuelvan a incorporarse al sistema regional. Todo ello sin perjuicio de los foros o mecanismos universales o de otra naturaleza que pudieren prosperar”.

IV. Reflexiones finales

Resulta interesante el desarrollo que efectuó la Corte IDH sobre una de las causales de terminación de los tratados, esto es, la denuncia presentada por uno de los Estados Partes en el marco de la establecido en el propio tratado y en los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados de 1969. La Corte aprovechó la ocasión para dejar sentado que, si un Estado denuncia la Convención Americana, o se retira de la OEA, sigue vinculado a los otros tratados a menos que denuncie cada uno de manera individual. Un renglón especial merece la referencia expresa que hizo la Corte a los dos Protocolos a la Convención Americana (Protocolo de San Salvador de 1988 en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de muerte). Ambos carecen de cláusula específica sobre denuncia, por lo que planteado un caso habrá de estarse a los dos supuestos previstos en el art. 56 de la Convención de Viena.

Debemos remarcar, lo ya señalado, que la denuncia de un tratado de derechos humanos es una regresión en la protección internacional de derechos humanos, si

bien nunca puede ser retroactiva y las obligaciones estatales permanecen inalteradas durante todo el período de transición hasta que la denuncia surta efecto.

Con esta OC, la Corte deja planteados varios temas a ser investigados en profundidad por la comunidad científica.

OPINIÓN CONSULTIVA: OC-26/20

Tribunal: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Fecha: 9 de noviembre de 2020

Asunto: “La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos” (**Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos)**

Magistrados: Elizabeth Odio Benito, Presidente; L. Patricio Pazmiño Freire, Vicepresidente; Eduardo Vio Grossi, Juez; Humberto Antonio Sierra Porto, Juez; Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juez; Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez, y Ricardo Pérez Manrique, Juez, presentes, además, Pablo Saavedra Alessandri, Secretario, y Romina I. Sijniensky, Secretaria Adjunta.

I. PRESENTACIÓN DE LA CONSULTA

1. El 6 de mayo de 2019 la República de Colombia (en adelante “Colombia”, “el Estado colombiano” o el “Estado solicitante”), con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre “las obligaciones en materia de derechos humanos de un Estado que denuncie la Convención Americana sobre Derechos Humanos e intente retirarse de la Organización de [los] Estados Americanos” (en adelante “la solicitud” o “la consulta”)⁸.

2. Colombia expuso las consideraciones que originaron la consulta y señaló que:

[R]ecientes sucesos en la región que muestran que puede surgir en cualquier momento la situación de que un Estado del continente americano adelante acciones para desligarse de sus obligaciones a la luz de la Convención Americana y la Carta de la OEA. Si en dicho Estado se presenta además un cuadro generalizado de violaciones graves sistemáticas de los derechos humanos, debidamente documentado por los órganos de la Organización, incluida la [Comisión], surge la necesidad de determinar si dichas acciones producen el efecto de eliminar del todo la protección internacional de los derechos

(8) El texto completo de la solicitud puede ser consultada en el siguiente enlace de la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf

humanos de los individuos sujetos a la jurisdicción de las autoridades de dicho Estado.

Una situación como la planteada afectaría de manera directa la protección de los derechos humanos en las Américas, asunto en el cual todos los Estados de la OEA tienen un interés legítimo, el cual general la formulación de la presente solicitud.

[...]

En este contexto, la presente solicitud de Opinión Consultiva tiene como fin permitir a la [...] Corte Interamericana profundizar sobre la interpretación de las normas de protección de los derechos humanos, convencionales y consuetudinarias, en atención a las disposiciones del artículo 64.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que están cubiertas por la expresión “otros tratados” que figura en dicho artículo.

[...]

Mención especial merece el artículo 78 de la Convención, el cual establece la posibilidad de denunciar el referido tratado internacional. En esta disposición se establece que la denuncia no afecta obligaciones concernientes a hechos cumplidos por el Estado denunciante “anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”, pero no se dice nada sobre obligaciones relacionadas con los hechos que ocurran después de dicha fecha.

Por lo tanto, cuando en el Estado denunciante se registra una ruptura del orden democrático y un cuadro de violaciones sistemáticas y generalizadas de los derechos humanos, podría pensarse que la denuncia de la Convención Americana dejaría desamparadas a las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de ese Estado.

[...]

[...] Colombia considera que es altamente conveniente que la [...] Corte interprete los alcances de, no solamente varias normas de la Carta y de la Declaración Americana, sino también diversos artículos sustantivos de la Convención, así como el artículo 78.2, referido a los alcances y efectos de la denuncia de la misma.

3. Con base en lo anterior, Colombia presentó a la Corte las siguientes consultas específicas:

A. A la luz del derecho internacional, convencional y consuetudinario, y, en particular, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948: ¿Cuáles son las obligaciones en materia de derechos humanos que tiene un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

- B. En el evento de que dicho Estado denuncie además la Carta de la Organización de los Estados Americanos y busque retirarse de la Organización, ¿Cuáles son los efectos que dicha denuncia y retiro tienen sobre las obligaciones a que se refiere la primera pregunta?
- C. Cuando se presenta un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que ocurra bajo la jurisdicción de un Estado de las Américas que haya denunciado la Convención Americana y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “Carta de la OEA”),
1. ¿Qué obligaciones en materia de derechos humanos tienen los restantes Estados Miembros de la OEA?
 2. ¿De qué mecanismos disponen los Estados Miembros de la OEA para hacer efectivas dichas obligaciones?
 3. ¿A qué mecanismos de protección internacional de derechos humanos pueden acudir las personas sujetas a la jurisdicción del Estado denunciante?

4. Colombia designó al Embajador Juan José Quintana, Director de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Relaciones Exteriores, como su agente para la presente solicitud.

II. PROCEDIMIENTO ANTE LA CORTE

5. Mediante notas de 7 de junio de 2019, la Secretaría de la Corte (en adelante “la Secretaría”), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.1 del Reglamento⁹, transmitió la consulta a los demás Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA”), al Secretario General de la OEA, al Presidente del Consejo Permanente de la OEA, al Presidente del Comité Jurídico Interamericano y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”). En dichas comunicaciones, se informó que la Presidencia de la Corte, en consulta con el Tribunal, había fijado el 10 de septiembre de 2019 como plazo límite para la presentación de observaciones escritas respecto de la solicitud mencionada. Igualmente, siguiendo instrucciones de la Presidencia y de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.3 de dicho Reglamento¹⁰, la Secretaría, mediante notas de 18 de junio de 2019, invitó a diversas

(9) El artículo 73.1 del Reglamento establece lo siguiente: “Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente a través de su Presidencia, al Secretario General y a los órganos de la OEA a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso”.

(10) El artículo 73.3 del Reglamento dispone lo siguiente: “La Presidencia podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos

organizaciones internacionales y de la sociedad civil e instituciones académicas de la región a remitir en el plazo anteriormente señalado su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Finalmente, se realizó una invitación abierta a través del sitio *web* de la Corte a todos los interesados a presentar su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. El plazo previamente establecido fue prorrogado hasta el 16 de diciembre de 2019, por lo que contaron con aproximadamente seis meses para remitir sus presentaciones.

6. El plazo otorgado llegó a su vencimiento y se recibieron en la Secretaría los siguientes escritos de observaciones¹¹:

- a. *Observaciones escritas presentadas por Estados de la OEA*¹²: 1) Estado Plurinacional de Bolivia; 2) República Federativa de Brasil; 3) República de Colombia; 4) Estados Unidos de América; 5) Estados Unidos Mexicanos; 6) República de Nicaragua, y 7) República de Panamá.
- b. *Observaciones escritas presentadas por órganos de la OEA*: Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
- c. *Observaciones escritas presentadas por instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil*: 1) Coalición de Organizaciones del Foro por la Vida; 2) Fundación ProBono de Colombia; 3) Instituto Autónomo de Occidente, Centro de Derecho Corporativo, Derechos Humanos y Paz; 4) Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Justicia y Paz, Defiende Venezuela e Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos; 5) Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; 6) Centro Universitario Antonio Eufrasio de Toledo de Presidente Prudente; 7) Clínica de Derechos Humanos del Programa de Posgrado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná y Núcleo de Estudios en Sistemas de Derechos Humanos de la Universidad Federal de Paraná; 8) Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental de la Universidad del Estado de Amazonas y el Grupo de Investigación de Derechos Humanos en la Amazonía; 9) Clínica de Litigio Estratégico de la

a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el agente”.

(11) La solicitud de opinión consultiva presentada por Colombia, las observaciones escritas y orales de los Estados participantes, de la Comisión Interamericana, así como de instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales e individuos de la sociedad civil, pueden ser consultadas en el sitio *web* de la Corte en el siguiente enlace: http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?lang=es&lang_oc=es&nId_oc=2069

(12) Las observaciones escritas presentadas por la República de Honduras fueron recibidas el 20 de enero de 2020. Al respecto, la Presidenta advirtió que dichas observaciones se presentaron treinta y seis días luego del vencimiento del plazo establecido por lo que resultaban inadmisibles por extemporáneas.

Escuela de Derecho Ponciano Arriaga y Asociación civil “Humanismo & Legalidad”; 10) Clínica Interamericana de Derechos Humanos del Núcleo Interamericano de Derechos Humanos de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Rio de Janeiro; 11) Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado, capítulo para República Dominicana; 12) Escuela Libre de Derecho de México; 13) Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; 14) Grupo de Acciones Públicas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; 15) Grupo de Investigación en Derecho Internacional y Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana; 16) Grupo de Investigación en Justicia, Derechos Humanos y Democracia y Semillero de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad Francisco de Paula Santander; 17) Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana de Nicaragua; 18) Facultad de Derecho de la Universidad de Congreso; 19) Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás; 20) Observatorio de Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Centro de Estudios en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires; 21) Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; 22) University College London “Public International Law Pro Bono Project”; 23) Ángel Iván González Rodríguez; 24) Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro; 25) Eduardo Meier García; 26) Elí Rodríguez Martínez y Juan Pablo Vásquez Calvo; 27) Federico Ariel Vaschetto, Marcela Cecilia Rivera Basulto y Elkin Eduardo Gallego Giraldo; 28) Fernando Emmanuel Arlettaz; 29) Harold Bertot Triana; 30) Ivonei Souza Trindade; 31) Johan Sebastián Lozano Parra, Lindsay Tatiana Cediell Ribero, Dayan Stiven Chacón Campo y Carlos Fernando Morantes Franco; 32) Jorge Alberto Pérez Tolentino; 33) José Manuel Pérez Guerra; 34) Keyla Marily Salgrado Andreus, Ariel Edgardo Díaz y Carlos Maximiliano Leiva Chirinos; 35) Laurence R. Helfer; 36) Lorenna Monteiro de Lima y Layana Peixoto Ferreira do Nascimento; 37) Luis Peraza Parga; 38) María Paulina Pérez Londoño; 39) Miguel Ángel Antemate Mendoza; 40) Muhammad Muzahidul Islam; 41) Olivia del Carmen Chávez Uscanga, Samaria Alba Carretero, Elisa Matilde Ceballos Díaz, Porfirio Aldana Mota, José Alfredo Corona Lizarraga y Arturo Miguel Chipuli Castillo; 42) Paulina Arango Velásquez, Stefanía Castro Carmona, Sara Ferrer Buriticá, Juan Luis Orozco Echeverría, Sara María Roldán Concha, María Fernanda Upegui Marín, Eduardo Andrés Zurek Peñaloza y José Alberto Toro Valencia; 43) Ricardo Abello Galvis y Walter Arévalo Ramírez; 44) Roberto Hung Cavalieri; 45) Shirley Llain Arenilla y Silvana Milena Insignares Cera; 46) Valentina

Ospina Arcila; 47) Víctor Mosquera Marín; 48) Xochithl Guadalupe Rangel Romero; y 49) Yamid Enrique Cotrina Gulfo.

7. Una vez concluido el procedimiento escrito, el 5 de febrero de 2020 la Presidenta de la Corte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73.4 del Reglamento¹³, emitió una Resolución¹⁴, mediante la cual convocó a una audiencia pública e invitó al Estado solicitante y demás Estados Miembros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y todos aquellos que remitieron sus observaciones escritas, con el propósito de presentar al Tribunal sus observaciones orales respecto de la consulta.

8. La audiencia pública se llevó a cabo los días 15, 16 y 17 de junio de 2020, en el marco del 135° Período Ordinario de Sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebrado de forma virtual¹⁵.

9. Comparecieron ante la Corte las siguientes personas:

- 1) Por el Estado solicitante: el señor Juan José Quintana Aranguren, Embajador de Colombia en Costa Rica y Agente del Estado, y la señora María del Pilar Gutiérrez, Asesora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado;
- 2) Por la República Federativa de Brasil: los señores Antônio Francisco Da Costa e Silva Neto, Embajador de Brasil en Costa Rica, y George Rodrigo Bandeira Galindo, Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil;
- 3) Por los Estados Unidos de América: los señores Thomas Weatherall y Oliver M. Lewis, de la Oficina del Asesor Jurídico del Departamento de Estado;
- 4) Por la República de Honduras: los señores Nelson Gerardo Molina Flores, Director Nacional de Derechos Humanos y Litigios Internacionales, y Edgardo Andrés Molina Ortiz, Director Nacional de Procuración Judicial;
- 5) Por la República de Nicaragua: el señor Iván Lara Palacios, Viceministro de Relaciones Exteriores para Asuntos Jurídicos, y la señora Claudia Núñez Ramírez, Procuradora Especial de la Procuraduría General;

(13) El artículo 73.4 del Reglamento establece lo siguiente: “Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en la Presidencia. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente”.

(14) *Cfr.* Solicitud de Opinión Consultiva OC-26. Convocatoria a audiencia. Resolución de la Presidenta de la Corte de 5 de febrero de 2020. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_5_02_2020_spa.pdf

(15) Mediante notas de Secretaría de 11 de marzo de 2020, la Corte comunicó a las delegaciones acreditadas que la audiencia pública prevista para los días 17 y 18 de marzo de 2020 fue suspendida en atención a circunstancias excepcionales, como es la emergencia de salud causada por el COVID-19. El 14 de mayo de 2020 la Secretaría de la Corte informó que el Pleno había decidido reanudar el procedimiento oral y que la audiencia había sido reprogramada para realizarse de forma virtual los días 15, 16 y 17 de junio de 2020.

- 6) Por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el señor Joel Hernández García, Presidente, y la señora Esmeralda Arosemena de Troitiño, Comisionada.
- 7) Por el University College London “Public International Law Pro Bono Project”: los señores y la señora Alex Mills, Joseph Crampin, y Sonia Anwar-Ahmed Martínez;
- 8) Por la Clínica de Derechos Humanos y Derecho Ambiental de la Universidad del Estado de Amazonas y el Grupo de Investigación de Derechos Humanos en la Amazonía: las señoras Emily Silva Assad y Lucimar Prata dos Santos;
- 9) Por la Fundación ProBono de Colombia: la señora María Elvira Padilla;
- 10) Por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello, Centro de Justicia y Paz, Defiende Venezuela y el Instituto Interamericano de Responsabilidad Social y Derechos Humanos: las señoras Marianna Romero y Roxanne Cabrera, y el señor Simón Gómez;
- 11) Por el Instituto Autónomo de Occidente. Centro de Derecho Corporativo, Derechos Humanos y Paz: la señora Judith Ponce Ruelas, y el señor José Benjamín González Mauricio;
- 12) Por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador: los señores Efrén Guerrero y Francisco Cevallos;
- 13) Por la Clínica de Litigio Estratégico de la Escuela de Derecho Ponciano Arriaga y Asociación civil “Humanismo & Legalidad”: las señoras Marlene Rodríguez Atriano, y Norma Celia Bautista Romero;
- 14) Por el Consejo Latinoamericano de Estudiosos de Derecho Internacional y Comparado, capítulo para República Dominicana: las señoras Nataly Santana y Tamara Aquino;
- 15) Por la Escuela Libre de Derecho de México: la señora Eugenia Paola Carmona Díaz de León, y el señor Arturo Ramos Sobarzo;
- 16) Por el Grupo de Investigación en Derecho Internacional y Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana: las señoras Cindy Vanessa Espitia Murcia y Ana María Idárraga Martínez;
- 17) Por el Grupo de Investigación en Justicia, Derechos Humanos y Democracia y Semillero de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad Francisco de Paula Santander: la señora Liany Yetzira Hernández Granados, y el señor Eduardo Gabriel Osorio Sánchez;

- 18) Por la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales de la Universidad Santo Tomás: el señor Carlos Rodríguez Mejía;
- 19) Por el Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia: la señora Ángela Patricia Benavides Cerón, y el señor Alejandro Gómez Restrepo;
- 20) Por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana: los señores Arturo Chipuli Castillo y Porfirio Aldana Mota;
- 21) Por el Grupo de Acciones Públicas de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario: las señoras Anamaría Sánchez Quintero y Angie Daniela Yepes García;
- 22) Por la Clínica Interamericana de Derechos Humanos del Núcleo Interamericano de Derechos Humanos de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Rio de Janeiro: los señores Siddharta Legale y Matheus Zanon;
- 23) El señor Ángel Iván González Rodríguez;
- 24) La señora Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro;
- 25) Los señores Elí Rodríguez Martínez y Juan Pablo Vásquez Calvo;
- 26) El señor Federico Ariel Vaschetto, y la señora Marcela Cecilia Rivera Baulto;
- 27) Las señoras Lorena Monteiro de Lima y Lãyana Peixoto Ferreira do Nascimento;
- 28) El señor Miguel Ángel Antemate Mendoza;
- 29) El señor Víctor Mosquera Marín, y
- 30) La señora Sara María Roldán Concha y el señor Eduardo Andrés Zurek Peñaloza.

10. Para la resolución de esta solicitud de Opinión Consultiva, la Corte examinó, tomó en cuenta y analizó los 57 escritos de observaciones, así como las 30 participaciones en audiencia e intervenciones por parte de Estados, la Comisión Interamericana, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y personas de la sociedad civil (*supra* párrs. 6 y 9). La Corte agradece estas valiosas contribuciones, las cuales asistieron en ilustrar al Tribunal sobre los distintos temas sometidos a consulta, a efecto de la emisión de la presente Opinión Consultiva.

11. La Corte inició la deliberación de la presente Opinión Consultiva el 2 de noviembre de 2020 a través de una sesión virtual¹⁶.

III. COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD

12. El artículo 64.1 de la Convención Americana marca una de las vertientes de la función consultiva de la Corte Interamericana, al establecer que:

Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

13. La consulta sometida a la Corte por el Estado solicitante se ampara en el anteriormente citado artículo 64.1 de la Convención. Colombia es un Estado Miembro de la OEA y, por tanto, está facultado convencionalmente para solicitar a la Corte Interamericana una opinión consultiva.

14. El propósito central de dicha función consultiva es que la Corte Interamericana emita una opinión acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, fijando de este modo su ámbito de competencia. En esta línea, la Corte ha considerado que el artículo 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, es amplio y no restrictivo¹⁷.

(16) Debido a las circunstancias excepcionales ocasionadas por la pandemia del COVID-19, esta Opinión Consultiva fue deliberada y aprobada durante el 138° Período Ordinario de Sesiones, el cual se llevó a cabo de forma no presencial utilizando medios tecnológicos de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Corte.

(17) *Cfr. “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte* (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, punto decisivo primero, y *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 15.

15. En forma concordante, los artículos 70¹⁸ y 71¹⁹ del Reglamento regulan los requisitos formales que deben verificarse para que una solicitud sea considerada por la Corte. Básicamente, imponen sobre el Estado u órgano solicitante las siguientes exigencias: (i) formular con precisión las preguntas; (ii) especificar las disposiciones que deben ser interpretadas; (iii) indicar las consideraciones que la originan, y (iv) suministrar el nombre y dirección del agente. Como fue establecido previamente, los requisitos (iii) y (iv) fueron debidamente cumplimentados (*supra* párrs. 2 y 4).

16. Ahora bien, en cuanto a los requisitos (i) y (ii), la Corte hace notar que la consulta presentada por el Estado de Colombia presenta las siguientes características: (a) contiene un apartado denominado “Disposiciones Específicas”, en el que se indica que “[l]as disposiciones cuya interpretación se solicita pertenecen a tres instrumentos diplomáticos, a saber, la Declaración Americana, la Carta de la OEA y la Convención Americana”, y se enlista una serie de cláusulas de los preámbulos y de artículos de estos instrumentos que se solicita a la Corte que interprete; (b) en esta medida, solo la pregunta “i” alude de manera genérica y amplia al “derecho internacional, convencional y consuetudinario, y, en particular, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948”, mientras que las otras preguntas no señalan de forma particularizada con cuál o cuáles disposiciones indicadas en el apartado de “Disposiciones específicas” se relaciona cada una; (c) se solicita la interpretación de diferentes disposiciones jurídicas que involucran varios instrumentos regionales; y (d) las preguntas “i”, “ii” y “iii” hacen referencia, como presupuestos fácticos de las consultas, a “un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, “un Estado [que] denuncie además [de la Convención Americana,] la Carta de la Organización de los Estados Americanos y busque retirarse de la Organización” o bien a “cuando se presenta un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que ocurra bajo la jurisdicción de un Estado de las Américas que haya denunciado la Convención Americana y la Carta de la OEA”.

17. Durante el procedimiento relativo a esta solicitud, varias observaciones escritas y orales efectuaron diversas consideraciones sobre la competencia de la Corte para emitir la presente opinión consultiva, así como sobre la admisibilidad y

(18) El artículo 70 del Reglamento de la Corte establece lo siguiente: “Interpretación de la Convención: 1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte. 2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados [...]”.

(19) El artículo 71 del Reglamento de la Corte dispone que: “Interpretación de otros tratados: 1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta [...]”.

procedencia de las preguntas formuladas. Por lo tanto, se examinarán a continuación la competencia, admisibilidad y procedencia de dar respuesta a las preguntas formuladas por el Estado solicitante, para lo cual se procederá a realizar las consideraciones pertinentes, en el siguiente orden: (a) el requisito formal de especificar las disposiciones que deben ser interpretadas; (b) la competencia *ratione personae*; (c) la competencia sobre los instrumentos regionales involucrados y otras fuentes de derecho internacional; (d) la procedencia de la solicitud de opinión consultiva; y (e) el requisito formal de formular las preguntas con precisión y la facultad de la Corte de reformular las preguntas planteadas.

A. El requisito formal de especificar las disposiciones que deben ser interpretadas

18. Algunas observaciones consideraron que determinadas preguntas formuladas por Colombia no cumplirían con lo establecido en el artículo 70 del Reglamento de la Corte Interamericana, en tanto que no precisarían adecuadamente cuáles son las disposiciones jurídicas convencionales, o de otros tratados relevantes, cuya interpretación se requiere²⁰.

19. La Corte nota que ninguna de las preguntas formuladas incluye específicamente las disposiciones jurídicas a ser interpretadas, por lo que serían *prima facie* inadmisibles²¹. Sin embargo, Colombia incorporó en su solicitud un apartado general denominado “Disposiciones específicas” con un listado de las disposiciones sobre las cuales se solicita interpretación (*supra* párr. 16). Es por ello que, si bien no se señala de forma particularizada con base en cuál o cuáles disposiciones indicadas en el referido apartado se formula cada pregunta, la Corte estima que es posible entender que, conforme a la naturaleza de las cuestiones planteadas, las preguntas se encuentran relacionadas con todas las disposiciones enlistadas en el apartado respectivo, respecto de las cuales se solicita interpretación, a saber: los cuatro párrafos no numerados de la parte de considerandos de la Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana, por medio de la cual se adoptó la Declaración Americana y los seis párrafos no numerados del preámbulo de la Declaración Americana; los párrafos primero a quinto, no numerados del preámbulo, y los artículos 3.1), 17, 45, 53 y 106 de la Carta de la OEA, y los cinco párrafos no numerados del preámbulo, y los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 33 a 65 y 78 y de la Convención Americana.

20. Adicionalmente, la Corte advierte que, en diversos escritos de observaciones y durante la audiencia pública, se hizo alusión a otras disposiciones de dichos instrumentos, con especial hincapié en el artículo 32 de la Convención Americana

(20) Observaciones escritas presentadas por la República de Nicaragua, la Universidad Santo Tomás, la Universidad del Rosario, y el señor Harold Bertot Triana.

(21) *Cfr.* Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 25.

y el artículo 143 de la Carta de la OEA. Más aún, si bien Colombia no invocó esta última disposición en su solicitud sí lo hizo al presentar su respectiva posición en torno al tema. La Corte considera que, en la medida que tanto el Estado solicitante como los diversos participantes han invocado estas disposiciones dentro de los ejes centrales de sus argumentaciones, y siendo que ambas están relacionadas con el tema de la consulta en cuanto disponen la correlación entre deberes y derechos y los términos para la denuncia de la Convención Americana y la Carta de la OEA, resulta pertinente también recurrir a dichas normas para ejercer a cabalidad la potestad consultiva que le asiste al Tribunal.

21. En suma, la Corte estima que Colombia cumplió con el deber de especificar las disposiciones de la Convención Americana, la Carta de la OEA y la Declaración Americana que requieren interpretación de acuerdo a la consulta estatal.

B. La competencia ratione personae

22. Algunas observaciones advirtieron sobre el alcance de la competencia *ratione personae* de la Corte con relación a las preguntas que harían referencia a las obligaciones de Estados que no pertenecen o habrían cesado de pertenecer a la Organización de los Estados Americanos²². La Corte entiende que dichos argumentos tendrían potencial impacto, en especial, sobre el abordaje de la tercera interrogante planteada por Colombia, que postula la situación de un Estado que haya denunciado la Carta de la OEA y retirado de la organización, además de la Convención Americana.

23. Desde su primera opinión consultiva, la Corte ha señalado que, “si el fin principal de la consulta se refiere al cumplimiento o alcance de obligaciones contraídas por un Estado Miembro del sistema interamericano, la Corte es competente para emitirla, aun cuando fuera inevitable interpretar el tratado en su conjunto. En cambio, no sería competente si el propósito principal de la consulta es el alcance o el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Estados ajenos a dicho sistema”²³. Es decir, en tanto el supuesto planteado implica que el Estado pertenecía al sistema interamericano previo a las denuncias de ambos instrumentos y que lo que corresponde es determinar los efectos de dichas decisiones estatales sobre sus obligaciones internacionales y las de los restantes Estados Miembros de la OEA, la Corte mantiene competencia para pronunciarse.

(22) Observaciones escritas presentadas por la Fundación ProBono Colombia, los señores Ricardo Abello Galvis y Walter Arévalo Ramírez, el señor Harold Bertot Triana, y el señor Fernando Arletaz.

(23) Opinión Consultiva OC-1/82, *supra*, párr. 38.

C. La competencia sobre los instrumentos regionales involucrados y otras fuentes de derecho internacional

24. En cuanto a su competencia *ratione materiae*, algunas observaciones señalaron que la Corte debería abstenerse de abordar las obligaciones internacionales que emanen de fuentes del derecho distintas a los tratados interamericanos para los cuales tiene competencia, no pudiendo recurrir al derecho internacional consuetudinario o a instrumentos ajenos al sistema interamericano²⁴.

25. En lo que se refiere a la Convención Americana, la Corte ya ha establecido que la función consultiva le permite interpretar cualquier norma de dicho tratado, sin que ninguna parte o aspecto de dicho instrumento esté excluido del ámbito de interpretación. En este sentido, es evidente que la Corte tiene, en virtud de ser “intérprete última de la Convención Americana”, competencia para emitir, con plena autoridad, interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquellas de carácter procesal²⁵.

26. Asimismo, como ya fue afirmado en otros precedentes, la Carta de la OEA es un tratado respecto del cual la Corte puede ejercer su competencia consultiva en virtud del artículo 64.1 de la Convención²⁶. Además, el artículo 64.1 de la Convención Americana autoriza a la Corte para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Declaración Americana, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta de la OEA y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos²⁷. En este sentido, en la presente Opinión, la Corte recurrirá a la Declaración Americana, al interpretar las obligaciones emanadas de la Carta de la OEA, en su abordaje de las preguntas planteadas por Colombia.

27. Adicionalmente, la Corte nota que el Estado se ha referido a diversas cláusulas de los preámbulos de los tres instrumentos. En esta línea, la Corte estima pertinente precisar que la función consultiva puede llevar a que tenga que examinar los preámbulos de los instrumentos internacionales traídos a conocimiento de la Corte, los cuales pueden cumplir diversas funciones en el marco de la actividad in-

(24) Observaciones escritas presentadas por los Estados Unidos de América y la República de Nicaragua.

(25) *Cfr. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, párr. 18, y Opinión Consultiva OC-25/18, supra, párr. 34.*

(26) *Cfr. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 44.*

(27) *Cfr. Opinión Consultiva OC-10/89, supra, punto decisivo primero y único, y Opinión Consultiva OC-25/18, supra, párr. 35.*

terpretativa. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁸ (en adelante “Convención de Viena”) en su artículo 31.2, dispone que el texto de un tratado comprende también el preámbulo y los anexos. La Corte se ha referido, por ejemplo al preámbulo de la Convención Americana, en tanto contiene “referencias que permiten establecer el objeto y fin del tratado”²⁹, así como para dilucidar la intención de sus redactores³⁰.

28. Por otra parte, en cuanto a la interpretación del derecho internacional consuetudinario en materia de derechos humanos, la Corte ha señalado que, al ejercer su función interpretativa, recurre al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta el esquema de fuentes de derecho internacional relevantes³¹. En esta medida, ha precisado que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone tanto de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales, como de aquellas recogidas en el derecho internacional consuetudinario³². Por ende, la Corte es competente para recurrir al derecho internacional consuetudinario dentro del esquema de fuentes utilizado con fines interpretativos y en relación con las cláusulas de los tratados que se refieren a obligaciones residuales que puedan emanar del derecho internacional general.

29. En conclusión, la Corte está facultada para pronunciarse en su esfera consultiva sobre las cláusulas preambulares y todas las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Carta de la OEA y la Declaración Americana traídas a consulta por el Estado colombiano, en los términos indicados y en tanto conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, por lo que recaen en el ámbito de la competencia de la Corte.

(28) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), U.N.T.S. vol. 1155, pág. 331, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980.

(29) *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, párr. 41.

(30) *Cfr.* Opinión Consultiva OC-22/16, *supra*, párr. 47.

(31) *Cfr. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 60, e *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 60.

(32) *Cfr.* Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 60, y Opinión Consultiva OC-24/17, *supra*, párr. 60.

D. La procedencia de la solicitud de opinión consultiva

30. Adicionalmente, algunas observaciones subrayaron que la solicitud estaría procurando dar respuesta a sucesos específicos de naturaleza política³³ y se hizo alusión a diversas situaciones tocantes al tema de la consulta. Al respecto, la Corte nota que el señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de ilustrar sobre la potencial trascendencia de fijar criterios e interpretaciones de alcance amplio y general sobre la cuestión jurídica objeto de la consulta, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre situaciones específicas³⁴. Muy por el contrario, ello permite a la Corte señalar que su opinión consultiva no constituye una mera especulación abstracta y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos³⁵, en tanto se refiere a una cuestión basal que toca al sistema interamericano como un todo.

31. En suma, la Corte ha entendido que, si bien no debe perder de vista que su función consultiva implica esencialmente el ejercicio de una facultad interpretativa, las consultas deben revestir un alcance práctico y tener previsibilidad de aplicación, al mismo tiempo que no deben circunscribirse a un presupuesto fáctico en extremo preciso que torne difícil desvincularla de un pronunciamiento sobre un caso específico, lo cual iría en desmedro del interés general que pudiera suscitar una consulta³⁶. Ello requiere, en última instancia, un ejercicio delicado de apreciación judicial para discernir el objeto sustancial de la solicitud que pueda alcanzar pretensiones de validez generalizada y trascender a todos los Estados americanos, más allá de los motivos que puedan haberla originado o de la referencia a hechos particulares, a fin de coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales³⁷.

(33) Observaciones escritas presentadas por la República de Nicaragua, por la Clínica de Derechos Humanos del Programa de Posgrado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná y Núcleo de Estudios en Sistemas de Derechos Humanos de la Universidad Federal de Paraná, y por el señor Luis Peraza Parga.

(34) *Cfr. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 49, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 51.

(35) *Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, supra*, párr. 49, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 51.

(36) *Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, supra*, párrs. 38 a 41, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 52.

(37) *Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, supra*, párr. 47, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 52.

32. En consecuencia, la Corte considera que, sin pronunciarse sobre ningún asunto concreto que pueda haber sido señalado en el trámite del presente procedimiento consultivo a modo ejemplificativo, corresponde dar curso a la consideración del objeto sustancial subyacente en la presente solicitud, a fin de atender el interés general de que la Corte se pronuncie sobre una materia de significancia jurídica en el ámbito regional, esto es las obligaciones internacionales de derechos humanos subsistentes para un Estado denunciante de la Convención Americana y/o de la Carta de la OEA. En este sentido, la respuesta a la presente solicitud de opinión consultiva permitirá, a través de la interpretación de la normativa relevante, clarificar y precisar el alcance de las cláusulas que facultan la denuncia de ambos tratados y de su efecto sobre las obligaciones en materia de derechos humanos, para así coadyuvar a la más plena y eficaz protección del ser humano en el marco del sistema interamericano.

E. El requisito formal de formular las preguntas con precisión y la facultad de la Corte de reformular las preguntas planteadas

33. En el ejercicio de su función consultiva, la Corte está llamada a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos³⁸. Así, en ejercicio de sus facultades inherentes a la competencia otorgada por el artículo 64 de la Convención, puede tener que precisar o esclarecer y, en ciertos supuestos, reformular, las preguntas que se le plantean, con el fin de determinar con claridad el objeto sustancial de su labor interpretativa³⁹.

34. Al respecto, la Corte considera que la primera y segunda pregunta fueron enunciadas de manera clara, sin que resulte necesario una reformulación más allá de la referencia a las disposiciones jurídicas relevantes, como fue señalado *supra*.

35. Ahora bien, en lo que respecta a la tercera pregunta, que se subdivide en tres interrogantes, Colombia señaló que con ella “se busca la orientación de la Corte sobre la manera de hacer exigibles las obligaciones a las que se refieren las preguntas 1 y 2”. La Corte advierte que ésta parte de un supuesto que es la ocurrencia de un cuadro de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos en el Estado concernido. La Corte estima que la introducción de este presupuesto fáctico puede limitar el abordaje de la pregunta, pues podría ser uno de los factores relevantes a considerar en la respuesta, pero no necesariamente el único. Dado que este Tribunal no se encuentra limitado por los términos literales de las consultas que se le plantean para el ejercicio de su función consultiva, la Corte considera que no resulta pertinente admitir la pregunta con la referida cláusula, por lo que procederá

(38) *Cfr. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 23, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 54.

(39) *Cfr. Opinión Consultiva OC-25/18, supra*, párr. 55.

a la consideración de la tercera pregunta en términos amplios y sin circunscribirse únicamente al supuesto planteado.

36. Ahora bien, la segunda interrogante de esta pregunta busca que la Corte se pronuncie sobre qué mecanismos disponen los Estados Miembros de la OEA para hacer efectivas las obligaciones de derechos humanos subsistentes una vez que un Estado se ha retirado de la organización regional, por haber denunciado la Carta de la OEA, y que ha denunciado la Convención Americana. Sobre el particular, lo que resulta de crucial importancia es la activación de los mecanismos de garantía colectiva, concepto que subyace a todo el sistema interamericano, desde que un Estado manifiesta su intención de denunciar la Convención Americana y/o el tratado constitutivo de la OEA, en el período de transición hasta que las denuncias se hacen efectivas y, finalmente, hasta que el Estado ha cumplido con sus obligaciones emanadas de la Carta de la OEA, momento en el cual quedaría desligado de la organización. Por tal motivo, la Corte reconducirá la pregunta bajo dicho entendimiento.

37. Adicionalmente, la Corte nota que el tercer interrogante de esa pregunta está formulado en términos abstractos que no permiten su reconducción a la interpretación de disposiciones convencionales específicas, ya que se refiere a “mecanismos de protección internacional de derechos humanos” a los que pueden acudir las personas sujetas a la jurisdicción del Estado que ya no forma parte de la OEA. La cuestión referida a los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos fuera del sistema interamericano de protección excede el ámbito de competencia del Tribunal⁴⁰. Al respecto, la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre las obligaciones derivadas del sistema universal o sobre los mecanismos en materia de protección de los derechos humanos que ofrece el referido sistema u otros de los que el Estado sea parte, pues constituyen sistemas que se rigen por sus propias pautas y, en esta medida, bajo sus propios parámetros reglamentarios. Por lo tanto, la Corte considera inadmisibles dichas preguntas.

38. Por ende, para un ejercicio más eficaz de su función consultiva, y teniendo en cuenta que ésta consiste esencialmente en interpretar y aplicar la Convención Americana u otros tratados que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, la Corte estima pertinente proceder, a partir de las disposiciones jurídicas traídas a consulta, a precisar y reformular en los términos indicados anteriormente las preguntas que se encuentran dentro de su competencia consultiva como se indica seguidamente:

Teniendo en cuenta los cuatro párrafos no numerados de la parte de considerandos de la Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana, por medio de la cual se adoptó la Declaración Americana y los seis párrafos no numerados de su preámbulo; los párrafos primero a quinto, no numerados del preámbulo, y los artículos 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la OEA, así como

(40) *Cfr., mutatis mutandis*, Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 27.

los cinco párrafos no numerados del preámbulo, y los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 y de la Convención Americana:

- 1) ¿Cuáles son las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que subsisten para un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?
- 2) Si un Estado que no es parte de la Convención Americana denuncia la Carta de la Organización de los Estados Americanos, ¿cuáles son los efectos que dicha denuncia y retiro tienen sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos a que se refiere la primera pregunta?
- 3) ¿Qué obligaciones internacionales en materia de derechos humanos tienen los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos respecto de los Estados de las Américas que hayan denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta de la Organización de los Estados Americanos?

39. La Corte procede, a continuación, a dar respuesta a dichos interrogantes bajo el propósito de asistir y orientar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA, en el cumplimiento de la misión que tiene encomendada dentro del sistema interamericano⁴¹.

IV. LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS QUE SUBSISTEN PARA UN ESTADO MIEMBRO DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS QUE HA DENUNCIADO LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

40. La primera pregunta planteada por Colombia interroga sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que subsisten para un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

41. Para emitir su opinión sobre la interpretación de las disposiciones jurídicas traídas a consulta, la Corte recurrirá a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que recogen la regla general de interpretación de los tratados internacionales de naturaleza consuetudinaria⁴². Ello implica la aplicación simultánea de la buena fe, el sentido ordinario de los términos empleados en

(41) *Cfr. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 25.

(42) *Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, supra*, párr. 52, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 134. Véase también, entre otros, Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Caso relativo a la soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia Vs. Malasia)*. Sentencia de 17 de diciembre de 2002, párr.

el tratado de que se trate, el contexto de éstos y el objeto y fin de aquél. Asimismo, al tratarse de un tratado de derechos humanos, la Corte debe recurrir a las pautas interpretativas propias del sistema. Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29⁴³, entre las que alberga el principio *pro persona*⁴⁴. Además, la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁴⁵.

42. La disposición central que requiere interpretación por parte de la Corte Interamericana es el artículo 78 de la Convención Americana, en conjunto con los demás artículos invocados del mismo tratado y su preámbulo. Se requiere que dicha interpretación tome en cuenta también el preámbulo y ciertas disposiciones de la Carta de la OEA, en particular los artículos 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143, así como los considerandos y el preámbulo de la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales que hacen parte del contexto relevante, como la Carta Democrática Interamericana, texto interpretativo tanto de la Carta de la OEA como de la Convención Americana.

43. A fin de abordar la pregunta en los términos en que fue formulada, la Corte estima necesario referirse a las siguientes cuestiones en su interpretación de las disposiciones relevantes traídas a consulta: (a) las reglas de derecho internacional general aplicables a la denuncia de tratados y la especificidad de los tratados de derechos humanos; (b) la cláusula de denuncia contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus pautas procedimentales; y (c) las consecuencias sobre las obligaciones internacionales de un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como para las personas bajo su jurisdicción.

A. Las reglas de derecho internacional general aplicables a la denuncia de tratados y la especificidad de los tratados de derechos humanos

44. A continuación, la Corte expondrá brevemente, como punto de partida, (1) las reglas de derecho internacional general aplicables a la denuncia de tratados, y luego pasará a desarrollar consideraciones relativas a (2) la especificidad de los tratados de derechos humanos, como la Convención Americana.

37, y Corte Internacional de Justicia, *Avena y otros nacionales mexicanos (México Vs. los Estados Unidos de América)*. Sentencia de 31 de marzo de 2004, párr. 83.

(43) El referido artículo 29 de la Convención Americana establece lo siguiente: "Normas de Interpretación: Ninguna

(44) Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 54, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 136.

(45) Cfr. Opinión Consultiva OC-16/99, *supra*, párr. 114, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 137.

A.1) *Las reglas de derecho internacional general aplicables a la denuncia de tratados*

45. El derecho internacional general gobierna, a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el régimen aplicable a los tratados⁴⁶, como una categoría concreta de instrumentos internacionales que obliga a los Estados como consecuencia de la propia voluntad de ratificarlos y someterse a ellos. Se asienta, como dice su propio preámbulo, sobre “los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades”. En su PARTE V, que trata sobre “Nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados”, la Convención de Viena establece las disposiciones generales relativas a la validez y vigencia de los tratados⁴⁷, así como a las obligaciones emanadas de otras fuentes de derecho internacional⁴⁸. Asimismo, en la sección tercera, se incluyen cláusulas dirigidas especialmente a regular la terminación de los tratados, de las cuales es pertinente recoger las siguientes⁴⁹:

54. Terminación de un tratado o retiro de él en virtud de sus disposiciones o por consentimiento de las partes. La terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado, o b) en cualquier momento, por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes. (subrayado agregado)

(46) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. *Cfr.* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 2.

(47) El artículo 42 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé lo siguiente: “Validez y continuación en vigor de los tratados. 1. La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención. 2. La terminación de un tratado, su denuncia o el retiro de una parte no podrán tener lugar sino como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la presente Convención. La misma norma se aplicará a la suspensión de la aplicación de un tratado”.

(48) El artículo 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone lo siguiente: “Obligaciones impuestas por el derecho internacional independientemente de un tratado. La nulidad, terminación o denuncia de un tratado, el retiro de una de las partes o la suspensión de la aplicación del tratado, cuando resulten de la aplicación de la presente Convención o de las disposiciones del tratado, no menoscabarán en nada el deber de un Estado de cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado”.

(49) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 54 y 56.

55. Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro. 1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro: o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. 2. Una parte deberá notificar con doce meses, por lo menos, de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo 1. (subrayado agregado)

46. Si bien la Convención de Viena es posterior a la entrada en vigor de la Convención Americana, y pudiera darse el supuesto de que un Estado Miembro de la OEA no sea parte de la misma⁵⁰, la Corte advierte que es un hecho aceptado que la Convención de Viena refleja determinadas reglas aplicables de derecho internacional consuetudinario⁵¹, a pesar de no diferenciar entre los tipos de tratados, salvo en su artículo 60.3 (*infra* nota al pie 48).

47. En consecuencia, es posible derivar como regla general que la denuncia de un tratado internacional debe ajustarse a los términos y condiciones establecidos en el propio texto de las disposiciones del tratado (art. 54.a) de la Convención de Viena). Por otra parte, es claro que, si el propio tratado no prevé la posibilidad de ser denunciado, la ausencia de una disposición expresa en este sentido resulta indicativa de que el Estado no podrá desligarse de su compromiso adquirido y

(50) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ha sido ratificada por 22 de los 35 Estados Miembros de la OEA: Argentina, Barbados, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, San Vicente y Las Granadinas, Suriname, y Uruguay.

(51) Véase artículo 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: "Irretroactividad de la presente Convención. Sin perjuicio de la aplicación de cualesquiera normas enunciadas en la presente Convención a las que los tratados estén sometidos en virtud del derecho internacional independientemente de la Convención, esta solo se aplicara a los tratados que sean celebrados por Estados después de la entrada en vigor de la presente Convención con respecto a tales Estados". Además, el último párrafo del preámbulo de la Convención de Viena establece que el derecho consuetudinario debe regir "cuestiones no reguladas" por la Convención. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que diversas disposiciones de la Convención de Viena constituyen normas consuetudinarias del derecho internacional. Véase, *inter alia*, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría Vs. Eslovaquia)*. Sentencia de 25 de septiembre de 1997, párr. 109; *Isla Kasikili / Sedudu (Botswana l/s. Namibia)*. Sentencia de 13 de diciembre de 1999, párr. 18; *Caso LaGrand (Alemania Vs. Estados Unidos de América)*, Sentencia de 27 de junio de 2001, párr. 101; *Límite terrestre y marítimo entre Camerún y Nigeria (Camerún Vs. Nigeria)*. Sentencia de 10 de octubre de 2002, párr. 263; *Soberanía sobre Pulau Ligitan y Pulau Sipadan (Indonesia Vs. Malasia)*, *supra*, párr. 37; *Controversia fronteriza (Benín v. Níger)*. Sentencia de 12 de julio de 2005, párr. 126, y *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica Vs. Senegal)*. Sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 100.

que el tratado tendrá una vigencia continua⁵², salvo que se dé alguna de las dos excepciones establecidas, esto es, que conste la intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro, o que ésta pueda inferirse de la naturaleza del tratado (art. 56.1 de la Convención de Viena). En estos supuestos, deberá notificar de su intención de denunciar o de retirarse de un tratado al menos con doce meses de antelación (art. 56.2 de la Convención de Viena). Dichas disposiciones aplican también a tratados constitutivos de organizaciones internacionales⁵³.

48. Ahora bien, mientras que la soberanía y el consentimiento del Estado son consideradas las piedras angulares de las obligaciones en derecho internacional, es ampliamente reconocido que se verifican algunos escenarios donde la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos ha tenido un impacto práctico y, en consecuencia, una aproximación diferente a las normas de derecho internacional general. Esta especificidad se ha manifestado, por ejemplo, en el ámbito de las reservas⁵⁴. Por tanto, como los tratados de derechos humanos son un tipo específico de tratados multilaterales, en tanto no establecen derechos recíprocos entre los Estados ni protegen sus intereses, sino que disponen obligaciones hacia las personas bajo su jurisdicción y cuyas violaciones pueden ser reclamadas por éstos y por la comunidad de Estados Partes a través de la acción de los órganos de protección, no todas las disposiciones generales contenidas en la Convención de Viena en relación con la nulidad, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados resultan estrictamente aplicables, como por ejemplo cuando se refiere a la terminación por incumplimiento material o grave⁵⁵. A tal fin, es necesario apreciar, en cada caso, si las

(52) Este es el caso en el ámbito de las Naciones Unidas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006; y, el Protocolo para la Abolición de la Pena de Muerte de 1989. Sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, véase Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 26 sobre la continuidad de las obligaciones*, 66° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 200 (1997).

(53) Véase artículo 5 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(54) La Corte ya ha desarrollado estándares especiales relativos a las reservas de los Estados en este tipo de tratados. Cfr. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. En similar sentido se han pronunciado la Corte Internacional de Justicia y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Véase, Corte Internacional de Justicia. *Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*. Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, párr. 23, y Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto*, 52° período de sesiones, 11 de noviembre de 1994, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párr. 17.

(55) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados regula la terminación de un tratado por incumplimiento material o incumplimiento grave de la siguiente forma: "60. Terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación. 1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente. 2. Una violación

referidas disposiciones resultan plenamente aplicables o procedentes en virtud del objeto y fin de la Convención Americana o de cualquier otro tratado que concierna a la protección de los derechos humanos en el continente. En esta línea, ha sido postulado que los tratados de derechos humanos expresan principios axiológicos universales de los que no debería permitirse su retirada⁵⁶.

49. Sobre el particular, la Corte ha determinado previamente “que un Estado Parte en la Convención Americana sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado”⁵⁷. Por consiguiente, en atención a sus propios términos, toda vez que la Convención Americana si contiene cláusulas que permiten su denuncia, específicamente en su artículo 78 (*infra* apartado B), no es posible interpretar que se encuentra vedada completamente la facultad estatal de poner fin a su participación en la misma, pues estos son los términos sobre los que los Estados expresaron su consentimiento al obligarse al tratado. Ello, sin perjuicio de otras consideraciones que la Corte estime pertinente desarrollar en esta Opinión Consultiva en atención al objeto y fin de la Convención Americana.

50. A continuación, la Corte realizará algunas precisiones sobre cómo se expresan las normas generales sobre denuncia de los tratados en la esfera de los tratados multilaterales de derechos humanos y, en particular, evaluará sus manifestaciones específicas en el marco de la Convención Americana.

grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará: a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado. sea: i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o ii) entre todas las partes; b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación; c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado. 3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado: a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado. 4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación”. Sin embargo, el inciso 5 del artículo 60(3) señala que: “Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

(56) Organización de las Naciones Unidas, Ayuda Memoria “Denuncia del PIDCyP por la República Popular Democrática de Corea” de 23 de septiembre de 1997, párr. 7. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/1997/CN.467.1997-Eng.pdf>

(57) *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 40, y *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 39.

A.2) La especificidad de los tratados de derechos humanos

51. La Corte ha afirmado de forma reiterada y constante que los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención Americana, son de una naturaleza jurídica distinta a los del derecho internacional público general. Por una parte, su objeto y fin es la protección de los derechos humanos de los individuos, por lo que la interpretación de las normas se debe desarrollar a partir de un modelo basado en valores que el sistema interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona⁵⁸. Por otra parte, ello se traduce en la instauración de un orden legal en el cual los Estados asumen obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia las personas bajo su jurisdicción⁵⁹. En consecuencia y de forma paralela al reconocimiento de los derechos, se creó un sistema de peticiones individuales, cuyo propósito es alcanzar la mayor protección judicial posible para la persona, en particular en aquellos Estados que se comprometen con un sistema de protección plena de los derechos, en tanto han aceptado el control judicial complementario y coadyuvante por parte de la Corte Interamericana.

52. En efecto, el desarrollo moderno del derecho internacional de los tratados se aceleró en las postrimerías de la segunda guerra mundial, momento histórico en el cual la comunidad internacional consideró, frente a las violaciones graves, masivas y sistemáticas que habían sido cometidas, necesario reafirmar la centralidad de la dignidad humana⁶⁰ y el respeto universal, interdependiente e indivisible de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los seres humanos sin distinción, por medio de su codificación internacional, así como dotarlos de efectividad en la práctica, a través de la posibilidad de reclamarlos en sede internacional cuando el Estado falló en su deber de respeto, garantía y reparación integral. Los propios instrumentos fundantes del sistema interamericano moderno proclaman que los derechos, que “tienen como fundamento los atributos de la persona humana”, deben ser objeto de protección internacional, de acuerdo a la Declaración y Convención Americana⁶¹. Por tanto, se refuerza el catálogo de derechos y, a su vez, se amplía el horizonte de acceso a la justicia, ya que los tratados de derechos

(58) Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) í/s. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs. 33 y 62.

(59) Cfr. Opinión Consultiva OC-2/82, *supra*, párr. 29.

(60) Véase, por ejemplo, los considerandos de la Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana que aprobó la Declaración Americana, que reafirman: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad; Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

(61) Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional Americana, Considerandos, párr. 2; Convención Americana, preámbulo, párr. 2. Véase, en el mismo sentido, *La expresión “Leyes” en el*

humanos están dotados de mecanismos específicos de supervisión para salvaguardar el cumplimiento eficaz de lo pactado.

53. El proceso de internacionalización de los derechos fundamentales de la persona, de su codificación y desarrollo progresivo tanto a nivel universal como interamericano, se ha erigido por consiguiente en un límite infranqueable al poder estatal⁶². En el caso de la Convención Americana, el objeto y fin del tratado es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁶³, a propósito de lo cual fue diseñada para proteger los derechos humanos de las personas independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro⁶⁴. El compromiso estatal con el pleno respeto y garantía de los derechos humanos, tal como manda el artículo 1 de la Convención Americana, constituye un presupuesto esencial de la consolidación democrática y abona a un posicionamiento legítimo del Estado frente a la comunidad internacional. Asimismo, este tratado se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva⁶⁵, y debe ser cumplido de buena fe de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda*.

54. Además, el acceso a la justicia internacional se concibe como una meta garantía, pues permite asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos y las libertades reconocidos convencionalmente contra actos violatorios de los mismos, de forma coadyuvante y complementaria a las jurisdicciones nacionales. Más aún, constituye una herramienta emancipadora y una apuesta inclusiva y superadora para el empoderamiento de los grupos histórica o tradicionalmente desaventajados, lo cual redundará en el fortalecimiento de la institucionalidad democrática, aún en aquellos países con una marcada trayectoria de observancia de los derechos humanos⁶⁶.

55. Por su parte, el artículo 2 de la Convención Americana obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por aquélla⁶⁷.

artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 30.

(62) Cfr. Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párr. 21.

(63) Opinión Consultiva OC-2/82, *supra*, párr. 29, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 135.

(64) Cfr. Opinión Consultiva OC-2/82, *supra*, párr. 33, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 135.

(65) Cfr. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia*, *supra*, párr. 42; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia*, *supra*, párr. 41, y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 62.

(66) Véase, al respecto, también CIDH, *Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II.152 Doc.21, 14 de agosto de 2014, párr. 56.

(67) Cfr. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 89.

El deber general del Estado de adecuar su derecho interno, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención⁶⁸. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*), para lo cual el Estado debe adaptar su actuación a la normativa de protección de la Convención⁶⁹. La Corte ha afirmado que la obligación contenida en el artículo 2 de la Convención reconoce una norma consuetudinaria que prescribe que, cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas⁷⁰.

56. Por lo tanto, cuando un Estado se hace parte de un tratado multilateral de derechos humanos, comparte con los demás Estados parte ciertos idearios y principios axiológicos universales. Al respecto, la Corte nota que la Convención Americana es uno de esos tratados cuyas reglas pretenden desarrollar una serie de valores para la protección de la persona humana frente al Estado⁷¹, dentro de un marco democrático y de observancia de sus derechos y libertades esenciales. Al respecto, la Convención Americana recoge en su preámbulo las siguientes consideraciones:

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

[...]

Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos [...]. (subrayado agregado)

57. La Corte nota que existe en la actualidad una diversidad de grados de protección interamericana de los derechos humanos en el continente. Por un lado, hay

(68) Cfr. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 207, y *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411, párr. 99.

(69) Cfr. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 87, y *Caso Alvarado Espinoza y otros Vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 258.

(70) Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 68, y *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 132.

(71) *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) I/s. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra*, párr. 33.

países que han otorgado una protección plena de los derechos a las personas bajo su jurisdicción, al haber ratificado la Convención Americana y también aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana⁷². Adicionalmente, existen países que, si bien se han comprometido a respetar y hacer respetar los derechos convencionales al haber ratificado la Convención, aún no han aceptado la cláusula de competencia contenciosa de la Corte, cercenando a las personas bajo su jurisdicción del acceso a la justicia interamericana. Finalmente, otro grupo de países miembros de la OEA se mantiene en un umbral de protección mínimo a través de la Declaración Americana y la Carta de la OEA bajo la supervisión de la Comisión Interamericana, al no haber ratificado aún la Convención Americana. Alcanzar la universalidad de la protección plena que brinda el sistema interamericano de derechos humanos es, pues, una aspiración legítima⁷³ del propio sistema en su conjunto, de los Estados Miembros de la OEA, y de todos y cada uno de las y los habitantes del continente americano independientemente de su nacionalidad, quienes constituyen los titulares de derechos y destinatarios principales de todo el régimen de protección. Asimismo, existen otros tratados de derechos humanos de carácter regional que tienen diversos grados de ratificación (*infra* párrs. 84 y 85), los cuales refuerzan la protección de derechos humanos en el continente.

58. De forma contraria, la denuncia de un tratado de derechos humanos, como la Convención Americana, representa una regresión en el nivel de protección interamericana de los derechos humanos y en la procura de la tan mentada universalización del sistema interamericano. Por lo tanto, teniendo en cuenta el objeto y fin de los tratados de derechos humanos, la Corte considera que, de una lectura de las disposiciones relevantes y en atención a la gravedad que reviste una decisión de este calado, resulta imprescindible además de clarificar por medio de interpretación los parámetros procedimentales de denuncia y sus efectos sobre las obligaciones internacionales, realizar algunas consideraciones adicionales respecto a los mecanismos de garantía colectiva, como salvaguardas esenciales adscritas a la configuración de un Estado democrático contra denuncias intempestivas y contrarias al principio general del derecho de actuar de buena fe. Ello en el entendido que los titulares de los derechos reconocidos en la Convención Americana, quienes quedarían al desamparo de la protección judicial interamericana, se encuentran en una posición asimétrica con relación al poder del Estado. De esta forma, la Corte pretende coadyuvar a que la comunidad de Estados americanos y los propios órganos competentes de la OEA aseguren de forma colectiva y pacífica la eficacia de

(72) Artículo 62 de la Convención Americana.

(73) Cfr. CIDH, *Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*, *supra*, párr. 4.

la Convención Americana y del propio sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁷⁴.

B. La cláusula de denuncia contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus pautas procedimentales

59. Como se adelantó, la Convención Americana confiere la posibilidad de denuncia del tratado como un todo⁷⁵ en su artículo 78. Así lo convinieron expresamente los Estados americanos al adoptar este instrumento en los siguientes términos:

Artículo 78

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras partes.
2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

60. Dicha disposición describe dos requisitos procedimentales que deben ser cumplidos en la esfera internacional para denunciar válidamente la Convención Americana en su integridad, a saber: (i) membresía de al menos cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y (ii) notificación al Secretario General de la OEA, como depositario del tratado, con un preaviso de un año, quien debe informar a las otras partes. Al respecto, la Corte nota que no corresponde presumir o inferir de actos internos la voluntad del Estado de denunciar el tratado, sino que la denuncia tiene que realizarse de manera expresa y formalmente a través del trámite

(74) En este sentido, la Corte ha indicado que “el principio de efectividad (*effet utile*) es transversal a la protección debida de todos los derechos reconocidos en [la Convención Americana]”. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 77, y *Caso Rodríguez Revolorio y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 387, párr. 135.

(75) La Corte ha señalado que “[e]n el funcionamiento del sistema de protección consagrado en la Convención Americana, reviste particular importancia la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Al someterse a esa cláusula queda el Estado vinculado a la integridad de la Convención, y comprometido por completo con la garantía de protección internacional de los derechos humanos consagrada en dicha Convención. El Estado Parte sólo puede sustraerse a la competencia de la Corte mediante la denuncia del tratado como un todo”. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia, supra*, párr. 46, y *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia, supra*, párr. 45.

dispuesto en el plano internacional⁷⁶. Cumplidos estos requisitos, la denuncia se hace efectiva un año después de la notificación de la misma, salvo que el instrumento de denuncia o la notificación sean revocados antes del plazo establecido (art. 68 de la Convención de Viena).

61. Ahora bien, la Corte Interamericana advierte que la Convención Americana no contempla de forma expresa las condiciones procedimentales requeridas a nivel de derecho interno para la toma de una decisión de esta naturaleza que constituye, en términos de derecho internacional, una manifestación unilateral del Estado. Usualmente la decisión de denuncia de un tratado o de retiro de una organización internacional a nivel interno es adoptada y comunicada por el poder ejecutivo, aunque también pueden ocurrir supuestos en que el poder judicial o el legislativo impulsan tales decisiones. En el caso de tratados de derechos humanos, como la Convención Americana, una decisión de esta naturaleza tiene implicancias particulares, en tanto “privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional”⁷⁷. Sin embargo, no existe uniformidad y, en muchos casos, claridad sobre a qué poderes, órganos o autoridades compete internamente intervenir en el proceso de denuncia de un tratado internacional de derechos humanos, más allá de cuál sea el encargado formalmente de realizar la notificación de denuncia al depositario, de conformidad con el artículo 67 de la Convención de Viena.

62. La Corte ha recurrido a las disposiciones constitucionales de los Estados que son o han sido Parte de la Convención Americana para verificar la práctica estatal actual.

(76) El artículo 67 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone lo siguiente: “Instrumentos para declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación. 1. La notificación prevista en el párrafo 1 del artículo 65 habrá de hacerse por escrito. 2. Todo acto encaminado a declarar la nulidad de un tratado, darlo por terminado, retirarse de él o suspender su aplicación de conformidad con las disposiciones del tratado o de los párrafos 2 ó 3 del artículo 65, se hará constar en un instrumento que será comunicado a las demás partes. Si el instrumento no está firmado por el Jefe del Estado, el Jefe del Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores, el representante del Estado que lo comunique podrá ser invitado a presentar sus plenos poderes”.

(77) *Caso Ivcher Bronstein Vs. Competencia*, *supra*, párr. 40.

Al respecto, nota que en ocho Estados, esto es Argentina⁷⁸, Bolivia⁷⁹, Chile⁸⁰, Ecuador⁸¹,

(78) El artículo 75 de la Constitución de la Nación Argentina establece lo siguiente: “Artículo 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. [...] La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

(79) El artículo 260 de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia dispone lo siguiente: “Artículo 260. I. La denuncia de los tratados internacionales seguirá los procedimientos establecidos en el propio tratado internacional, las normas generales del Derecho internacional, y los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley para su ratificación. II. La denuncia de los tratados ratificados deberá ser aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de ser ejecutada por la Presidenta o Presidente del Estado. III. Los tratados aprobados por referendo deberán ser sometidos a un nuevo referendo antes de su denuncia por la Presidenta o Presidente del Estado”.

(80) El artículo 54 de la Constitución Política de la República de Chile indica, en lo pertinente, lo siguiente: “Artículo 54. Son atribuciones del Congreso: 1) [...] Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional. Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno. En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro”.

(81) Los artículos 419 y 420 de la Constitución de la República del Ecuador disponen lo siguiente: “Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: [...] 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. Art. 420.- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República. La denuncia un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó”.

Guatemala⁸², México⁸³, Paraguay⁸⁴ y Perú⁸⁵, existen disposiciones internas a nivel constitucional sobre la denuncia de tratados. En aquellos Estados en donde existe normativa constitucional respecto del procedimiento para la denuncia de un tratado internacional, se exige la participación del órgano legislativo para aprobarla, con la única excepción de Guatemala. Incluso, en algunos Estados como Argentina, México y Paraguay, dicha decisión debe ser tomada por mayoría calificada. En Chile, dicha participación es consultativa. Es decir que, si bien actualmente no existe una uniformidad en la práctica estatal, en aquellos países que regulan constitucionalmente el procedimiento interno para la denuncia de tratados si se verifica una tendencia marcada en considerar, como una condición necesaria en una sociedad democrática, la participación del poder legislativo.

63. En otros 12 Estados, si bien no se regula expresamente la denuncia de tratados, sí se prevén cláusulas sobre la aprobación de los tratados internacionales, las cuales otorgan atribución al poder legislativo para la aprobación de los mismos de forma previa a la actuación del poder ejecutivo o bien a través de su refrenda posterior. Estos países

(82) El artículo 183 de la Constitución Política de la República de Guatemala dispone lo siguiente: "Artículo 183.- Funciones del Presidente de la República. Son funciones del Presidente de la República: [...] o) Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; celebrar, ratificar y denunciar tratados y convenios de conformidad con la Constitución".

(83) El artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone lo siguiente: "Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado: I. [...] aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos; [...]".

(84) Los artículos 142 y 290 de la Constitución de la República del Paraguay establecen lo siguiente: "Artículo 142. De la denuncia de los tratados. Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución" y "Artículo 290. De la enmienda. Transcurridos tres años de promulgada esta Constitución, podrán realizarse enmiendas a iniciativa de la cuarta parte de los legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso, del Presidente de la República o de treinta mil electores, en petición firmada. El texto íntegro de la enmienda deberá ser aprobado por mayoría absoluta en la Cámara de origen. Aprobado el mismo, se requerirá igual tratamiento en la Cámara revisora. Si en cualquiera de las Cámaras no se reúne la mayoría necesaria para su aprobación, se tendrá por rechazada la enmienda, no pudiendo volver a presentarla dentro del término de un año. Aprobada la enmienda por ambas Cámaras del Congreso, se remitirá el texto al Tribunal Superior de Justicia Electoral para que, dentro del plazo de ciento ochenta días, se convoque a un referéndum. Si el resultado de éste es afirmativo, la enmienda quedará sancionada y promulgada, incorporándose al texto constitucional. Si la enmienda es derogatoria, no podrá promoverse otra sobre el mismo tema antes de tres años [...]".

(85) Los artículos 56 y 57 de la Constitución Política del Perú disponen lo siguiente: "Artículo 56.- Aprobación de tratados. Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. [...] Artículo 57. [...] La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste".

son Brasil⁸⁶, Colombia⁸⁷, Costa Rica⁸⁸, El Salvador⁸⁹, Haití⁹⁰, Honduras⁹¹, Nicaragua⁹²,

(86) La Constitución de la República Federativa de Brasil disponen lo siguiente: “LXXVIII - [...] Párrafo 3. Los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos que se aprueben en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos de los respectivos miembros, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”; y “Artículo 84. Corresponde privativamente al presidente de la República: VIII - celebrar tratados, convenios y actos internacionales, que se someterán a referendo del Congreso Nacional; [...]”.

(87) Los artículos 150 y 224 de la Constitución Política de Colombia disponen lo siguiente: “Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: [...] 16. Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. [...]” y “Artículo 224. Los tratados, para su validez, deberán ser aprobados por el Congreso”.

(88) El artículo 121 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece lo siguiente: “Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: [...] 4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos”.

(89) Los artículos 131 y 168 de la Constitución de la República de El Salvador disponen lo siguiente: “Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa: [...] 7°.- Ratificar los tratados o pactos que celebre el Ejecutivo con otros Estados u organismos internacionales, o denegar su ratificación; [...]” y “Art. 168. - Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República: 4°.- Celebrar tratados y convenciones internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa, y vigilar su cumplimiento; [...]”.

(90) Los artículos 98.3 y 139 de la Constitución Política de la República de Haití indican lo siguiente: “Artículo 98.3. Las atribuciones de la Asamblea Nacional son: [...] 3) aprobar o rechazar los tratados y convenios internacionales;” y Artículo 139 “[El Presidente de la República n]egociará y firmará todos los tratados, convenios y acuerdos internacionales y los presentará a la Asamblea Nacional para su ratificación” (traducción no oficial).

(91) Los artículos 16 y 205.30 de la Constitución de la República de Honduras disponen lo siguiente: “Artículo 16. Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el Congreso Nacional antes de su ratificación por el Poder Ejecutivo. [...]” y “Artículo 205. Corresponden al Congreso Nacional las atribuciones siguientes: [...] 30. Aprobar o improbar los tratados internacionales que el Poder Ejecutivo haya celebrado”.

(92) El artículo 138 de la Constitución Política de Nicaragua dispone lo siguiente: “Artículo 138 Son atribuciones de la Asamblea Nacional: [...] 12) Aprobar o rechazar los instrumentos internacionales celebrados con países u organismos sujetos de Derecho Internacional. Dichos instrumentos internacionales solamente podrán ser dictaminados, debatidos, aprobados o rechazados en lo general, sin poder hacerle cambios o agregados a su texto. La aprobación legislativa les conferirá efectos legales, dentro y fuera de Nicaragua, una vez que hayan entrado en vigencia internacionalmente, mediante depósito o intercambio de ratificaciones o cumplimiento de los requisitos o plazos, previstos en el texto del tratado o instrumento internacional”.

Panamá⁹³, República Dominicana⁹⁴, Suriname⁹⁵, Uruguay⁹⁶ y Venezuela⁹⁷. Por último, en cinco Estados, a saber, Barbados, Dominica, Grenada, Jamaica y Trinidad y Tobago, la constitución no contiene previsiones expresas al respecto en cuanto a la aprobación o a la denuncia de tratados internacionales.

64. La Corte observa que, si bien en la región existen diversos procedimientos internos para la denuncia de los tratados, es pertinente hacer hincapié en que la denuncia de un tratado de derechos humanos y, en especial aquel que establece un sistema jurisdiccional de protección de derechos humanos como la Convención Americana, debe ser objeto de un debate plural, público y transparente al interior de los Estados, pues se trata de una cuestión de un alto interés público, en tanto conlleva un posible

(93) El artículo 153 de la Constitución de la República de Panamá dispone lo siguiente: “Artículo 153. La función legislativa es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las Leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente: [...] 3. Aprobar o desaprobar, antes de su ratificación, los tratados y los convenios internacionales que celebre el Órgano Ejecutivo. [...]”.

(94) Los artículos 93 y 128 de la Constitución de la República Dominicana establecen lo siguiente: “Artículo 93.- Atribuciones. El Congreso Nacional legisla y fiscaliza en representación del pueblo, le corresponden en consecuencia: 1) Atribuciones generales en materia legislativa: [...] 1) Aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que suscriba el Poder Ejecutivo; [...]” y “Artículo 128.- Atribuciones del Presidente de la República. La o el Presidente de la República [...] 1) En su condición de Jefe de Estado le corresponde: [...] d) Celebrar y firmar tratados o convenciones internacionales y someterlos a la aprobación del Congreso Nacional, sin la cual no tendrán validez ni obligarán a la República [...]”.

(95) Los artículos 72 y 104 de la Constitución de Suriname prevén lo siguiente: “Artículo 72. Sin perjuicio de lo que se reserva en otra parte de la Constitución para la reglamentación por ley, los siguientes temas ciertamente serán determinados por ley: a. Tratados, sujeto a lo determinado en el artículo 104; [...]” y “Artículo 104. 1. La aprobación se dará de forma explícita o implícita. La aprobación explícita se dará por ley. Se dará aprobación implícita si, dentro de los treinta días siguientes a la presentación del acuerdo a tal efecto a la Asamblea Nacional, la Asamblea Nacional no ha hecho declaración alguna expresando el deseo de que el acuerdo esté sujeto a su aprobación explícita; 2. La ley determina los casos en los que no se requiere aprobación” (traducción no oficial).

(96) Los artículos 85 y 168 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay disponen lo siguiente: “Artículo 85.- A la Asamblea General compete: [...] 7°) [...] aprobar o reprobado por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara, los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones o contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras” y “Artículo 168.- Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde: [...] 20°) Concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo”.

(97) Los artículos 154 y 187 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen lo siguiente “Artículo 154. Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional” y “Artículo 187. Corresponde a la Asamblea Nacional [...] 18. Aprobar por ley los tratados o convenios internacionales que celebre el Ejecutivo Nacional, salvo las excepciones consagradas en esta Constitución”.

cercenamiento de derechos y, a su vez, del acceso a la justicia internacional. En este sentido, la Corte advierte que resulta procedente recurrir al principio del paralelismo de las formas, que implica que de haberse consagrado constitucionalmente un procedimiento para contraer obligaciones a nivel internacional resultaría conveniente que se siga un procedimiento similar cuando se pretende desligar de dichas obligaciones (*infra* párr. 171), a fin de garantizar el referido debate público.

65. En conclusión, y con independencia de las regulaciones existentes o que se adopten a futuro a nivel interno de los Estados en uso de sus facultades constitucionales, el artículo 78 de la Convención Americana establece dos pautas procedimentales (*supra* párr. 60), las cuales deben ser cumplidas de forma apropiada para que la denuncia de este tratado sea válida en términos del derecho internacional.

C. Las consecuencias sobre las obligaciones internacionales de un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como para las personas bajo su jurisdicción

66. El artículo 70 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que trata sobre las consecuencias de la terminación de un tratado, dispone que:

1. Salvo que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto, la terminación de un tratado en virtud de sus disposiciones o conforme a la presente Convención: a) eximirá a las partes de la obligación de seguir cumpliendo el tratado; b) no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación.
2. Si un Estado denuncia un tratado multilateral o se retira de él, se aplicará el párrafo 1 a las relaciones entre ese Estado y cada una de las demás partes en el tratado desde la fecha en que surta efectos tal denuncia o retiro.

67. Teniendo en cuenta las reglas de derecho internacional general y la especificidad de los tratados de derechos humanos, así como lo establecido en la propia Convención Americana y los demás tratados interamericanos de derechos humanos, la Corte encuentra que es posible derivar, al menos, seis consecuencias relevantes sobre las obligaciones internacionales de un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos que ha denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las cuales se desarrollarán seguidamente.

C.1) Las obligaciones convencionales permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva

68. Cuando un Estado Parte denuncia un tratado, las obligaciones dispuestas en el mismo permanecen incólumes durante el período de transición que precede

a que esta entre en efecto. Este período opera como una salvaguarda para impedir que un Estado pretenda de manera abrupta e intencionadamente, bajo el impulso de una coyuntura o contingencia específica, sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones, truncar una decisión de los órganos de supervisión, o lisa y llanamente actuar de forma contraria a las mismas para incumplir la *restitutio in integrum* de los derechos de las víctimas⁹⁸. En este orden de ideas, la Corte recuerda que los Estados parte de la Convención deben cumplir, de buena fe, todo lo provisto en la Convención, incluyendo aquellas disposiciones relativas a la operación de los dos órganos supervisores del sistema interamericano de protección⁹⁹. Este período es de un año en la Convención Americana, de acuerdo a lo previsto expresamente en su artículo 78.1.

69. Durante este período, hasta que se torna efectiva la denuncia, permanecen vigentes para el Estado las obligaciones generales de carácter *erga omnes*¹⁰⁰ de respetar¹⁰¹ y hacer respetar -garantizar¹⁰²- las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de

(98) Cfr. *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de mayo de 1999, considerando 9.

(99) Cfr., *mutatis mutandis*, *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú, Competencia, supra*, párr. 37, y *Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia, supra*, párr. 36.

(100) Cfr. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrs. 109 y 140, y *Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111.

(101) En el caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte determinó lo siguiente: "La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de 'respetar los derechos y libertades' reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado". *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165.

(102) En el *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, la Corte estableció lo siguiente: "La segunda obligación de los Estados Partes es la de 'garantizar' el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, supra*, párrs. 166 y 167.

toda persona sin discriminación¹⁰³ a través de la adopción de medidas internas¹⁰⁴, en conexión con todos los derechos convencionales.

70. Por otra parte, el sistema de peticiones individuales y casos contenciosos permanece activo, por lo que la Comisión y la Corte Interamericana conservan competencia para conocer de hechos sucedidos durante este período y hasta que la denuncia se haga efectiva, que fueren denunciados como violatorios de los derechos convencionales. Es decir, existe una obligación de asumir las responsabilidades por infracciones cometidas a la Convención Americana durante el tiempo en que todavía el Estado forma parte del tratado. Asimismo, la Corte puede ordenar la adopción de medidas provisionales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Convención, y la Comisión hacer uso de cualquier otro mecanismo de protección previsto en sus funciones que tenga como base el Capítulo VII de la Convención Americana y como fuente de obligaciones dicho instrumento.

71. A criterio de esta Corte, el período de transición fijado por la Convención Americana, constituye el marco temporal adecuado para que el resto de los Estados parte de la Convención Americana, como garantes colectivos de su eficacia, exterioricen las observaciones u objeciones que estimen pertinentes ante denuncias que no resistan un escrutinio a la luz del principio democrático (*infra* párr. 73) y afecten el interés público interamericano. En tal sentido, esta Corte recuerda que todos los Estados Parte están obligados a asegurar la integridad y efectividad de la Convención. Este deber general de protección es de interés directo de cada Estado Parte y de todos ellos en conjunto. Es por ello que el propio artículo 78 dispone el deber de informar a las otras partes cuando se recibe una notificación de denuncia.

72. Ello se conecta con los fines más amplios que subyacen a todo el sistema de protección internacional y la noción de garantía colectiva asociada al mismo (*infra* Capítulo VI), de conformidad con el párrafo primero del preámbulo, el cual expresa la intención de los Estados de consolidar un régimen de libertad personal dentro del

(103) La Corte ha indicado que: “Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares”. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03* de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 110.

(104) Al respecto, la Corte ha establecido en su jurisprudencia que “el artículo 2 de la Convención obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. Dicho deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, ya sea porque desconozcan esos derechos o libertades u obstaculicen su ejercicio. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. *Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, supra*, párr. 207, y *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina, supra*, párr. 99.

cuadro de las instituciones democráticas (*supra* párr. 56), en conjunto con el principio democrático que se deriva de los artículos 29¹⁰⁵, 30¹⁰⁶ y 32¹⁰⁷ de la Convención Americana. En efecto, el principio democrático inspira, irradia y guía la aplicación de la Convención Americana de forma transversal. Constituye tanto un principio rector como una pauta interpretativa. Como principio rector, articula la forma de organización política elegida por los Estados americanos para alcanzar los valores que el sistema quiere promover y proteger, entre los cuales se encuentra la plena vigencia de los derechos humanos¹⁰⁸. Brinda, de este modo, una clara orientación para su observancia a través de la división de poderes y el funcionamiento propicio de las instituciones democráticas de los Estados parte en el marco del Estado de Derecho. Más aún, la Corte ha afirmado que “la democracia representativa es uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención forma parte”¹⁰⁹. Es decir, no es privativo del régimen convencional, sino que tiene una base más amplia en el desarrollo del sistema interamericano, como presupuesto constituyente y fundacional de la organización regional, ya que este principio se encuentra recogido en la Carta de la OEA, instrumento constitutivo de la organización y fundamental del sistema interamericano¹¹⁰. La relación entre derechos humanos y democracia representativa quedó, asimismo, plasmada en la Carta Democrática Interamericana¹¹¹. El

(105) El artículo 29.c de la Convención establece lo siguiente: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno [...]”.

(106) El artículo 30 de la Convención indica lo siguiente: “Alcance de las restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

(107) El artículo 32 de la Convención en su inciso segundo señala que: “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

(108) Véase, entre otros, Resolución AG/RES. 835 (XVI O/86) que manifiesta que “la estructura democrática es un elemento esencial para el establecimiento de una sociedad política donde se puedan realizar plenamente los derechos humanos”. En el mismo sentido, la Resolución XXVII de la Décima Conferencia Interamericana de Caracas de 1954 señala que: “La plena vigencia de los derechos humanos fundamentales sólo se puede alcanzar dentro de un régimen de democracia representativa”. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Resolución AG/RES. 835 (XVI O/86) de 15 de noviembre de 1986, y Décima Conferencia Interamericana de Caracas de 1954. Resolución XXVII sobre el Fortalecimiento del sistema de protección de los Derechos Humanos.

(109) Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párr. 34, y *Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, párr. 90.

(110) Cfr. Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párr. 34, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Ateneo Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 54.

(111) Cfr. Organización de los Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Periodo de Sesiones, artículos 3 y 4. El Comité Jurídico Interamericano ha sostenido que “la Carta Democrática Interamericana fue concebida como una herramienta para

ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye, entonces, una obligación jurídica internacional y éstos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva¹¹².

73. En atención a lo expuesto, resulta central indagar sobre la buena fe estatal en conexión con el propósito y contexto en que se gesta y verifica la denuncia, atendiendo muy especialmente a situaciones en que la denuncia se da: (1) por una disconformidad con una decisión adoptada por el órgano de protección y motivada por una voluntad manifiesta de incumplir los compromisos internacionales adoptados en la misma¹¹³; (2) en el escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida¹¹⁴ o que atente contra el núcleo inderogable de derechos¹¹⁵; (3) en un contexto de violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos

actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA en materia de democracia representativa, y representa un desarrollo progresivo del Derecho Internacional". CJI/RES. 159 (LXXV-O/09).

(112) *Cfr. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, párr. 114.

(113) De conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, "[l]os Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena, aquellos no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. *Cfr. Opinión Consultiva OC-14/94, supra*, párr. 35.

(114) La Corte ha señalado que la suspensión de garantías debe operar como una medida estrictamente excepcional para enfrentar reales situaciones de emergencia, "en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación", y no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común. Además, ha determinado que "[e]s obligación del Estado determinar las razones y motivos que llevan a las autoridades internas a declarar un estado de emergencia y corresponde a éstas ejercer el adecuado y efectivo control de esa situación y que la suspensión declarada se encuentre, conforme a la Convención, 'en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación'. Los Estados no gozan de una discrecionalidad ilimitada y corresponderá a los órganos del sistema interamericano, en el marco de sus respectivas competencias, ejercer ese control en forma subsidiaria y complementaria". *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrs. 47 y 52. Véase también, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 19.

(115) El artículo 27.2 de la Convención establece que: "2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos". Véase también, Opinión Consultiva OC-8/87, *supra*, párr. 23.

humanos¹¹⁶; (4) en el marco de la progresiva erosión de las instituciones democráticas¹¹⁷; (5) ante una alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático¹¹⁸, y/o (6) durante la ocurrencia de un conflicto armado, por ser todas ellas situaciones que denotan una especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica, con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos.

74. Estas situaciones podrán ser apreciadas a partir de diversas fuentes de información, entre las cuales figuran los informes de país o visitas *in loco* de la Comisión Interamericana, las decisiones emanadas del sistema interamericano de peticiones individuales y casos contenciosos, los reportes de las misiones de observación electoral, las determinaciones del Consejo Permanente y de la Asamblea General de la OEA, así como de la reunión *ad hoc* de ministros de relaciones exteriores, en aplicación de la Carta Democrática Interamericana o de la Resolución 1080/91, informes o decisiones del sistema universal y la información emanada de instituciones nacionales encargadas de la protección de los derechos humanos en el Estado denunciante, siempre que cuenten con la independencia requerida¹¹⁹, entre otros.

(116) A modo ilustrativo, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 manifestó su consternación y su condena respecto a las violaciones manifiestas y sistemáticas de los derechos humanos y a situaciones que obstaculizan seriamente el pleno disfrute de todos los derechos humanos, entre las cuales mencionó la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, las ejecuciones sumarias y arbitrarias, las desapariciones forzadas, las detenciones arbitrarias, el racismo en todas sus formas, la discriminación racial y el apartheid, la ocupación y dominación extranjeras, la xenofobia, la pobreza, el hambre y otras denegaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, la intolerancia religiosa, el terrorismo, la discriminación contra la mujer y el atropello de las normas del Estado de derecho. *Cfr.* Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993, párr. 30.

(117) Para ello resulta determinante apreciar si la decisión de denuncia se inscribe en un contexto que cuente con un “piso mínimo de calidad democrática”, de lo cual se podría derivar la buena fe estatal. Para lo anterior, se requiere constatar que el Estado denunciante asegure de forma suficiente el respeto al ejercicio efectivo de la democracia representativa teniendo en cuenta los siguientes elementos esenciales de institucionalidad democrática, de acuerdo con la Carta Democrática Interamericana: “el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. *Cfr.* Artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

(118) Véase, Carta Democrática Interamericana, artículos 19 y 20. Por su parte, el “Compromiso de Santiago” del 4 de junio de 1991 es aplicable en las dos situaciones que contempla, a saber: 1) hechos que ocasionen una interrupción abrupta o irregular del proceso político institucional democrático y 2) hechos que ocasionen una interrupción del legítimo ejercicio del poder por un gobierno democráticamente electo. Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. Resolución sobre la Democracia Representativa de 5 de junio de 1991, AG/RES. 1080 (XXI-O/91), Resolutivo 1.

(119) Véase los Principios de París, *Principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos*, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993.

75. En consecuencia, corresponde a los Estados parte de la Convención exponer, en el marco de los espacios institucionales de la OEA, sus observaciones u objeciones de forma oportuna y como garantes colectivos de la Convención Americana, a fin de resguardar la efectiva protección de los derechos humanos y el principio democrático, para prevenir que, a través de una denuncia se procure evadir de mala fe los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, disminuir o cercenar la efectiva protección de los mismos, debilitar el acceso al mecanismo jurisdiccional de carácter internacional, y dejar al ser humano al desamparo de la protección complementaria del sistema interamericano.

C.2) La denuncia efectiva de la Convención Americana no surte efectos retroactivos

76. En segundo lugar, la denuncia efectiva de la Convención no libera retroactivamente al Estado denunciante de las responsabilidades adquiridas de forma previa a que la denuncia se haga efectiva. De conformidad con el artículo 78.2 de la Convención, “[d]icha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en [la] Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”. Ello es acorde con lo dispuesto en la Convención de Viena al establecer que la terminación de un tratado no debe “afectar ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes[,] creados por la ejecución del tratado antes de su culminación” (art. 70 parr. 1.b).

77. Por ende, los órganos del sistema interamericano de protección están habilitados a continuar el trámite de peticiones y casos contenciosos que aleguen violaciones de la Convención Americana por hechos internacionalmente ilícitos ocurridos antes de que la denuncia se torne efectiva. En esta medida, la Comisión y la Corte Interamericana pueden conocer, en el marco del sistema de peticiones individuales y de casos contenciosos, respecto a ilícitos internacionales cometidos por el Estado que ha denunciado la Convención, aún después de que la denuncia surta efectos, (i) por acciones u omisiones sucedidas con anterioridad y hasta la fecha en que se torna efectiva la denuncia; (ii) por hechos de carácter continuo, cuyo inicio de ejecución se haya verificado previo a que la denuncia se haga efectiva, como es el caso de las desapariciones forzadas de personas, o (iii) por los efectos “continuos

o manifiestos” de hechos ocurridos previo al momento en que la denuncia surtiera efectos¹²⁰. Esto aplica tanto a casos individuales como a demandas inter-estatales¹²¹.

78. Por otra parte, en lo que respecta al cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana en sus informes de fondo con base en violaciones declaradas a la Convención Americana, este Tribunal ha indicado que el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados exige que “si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función ‘promover la observancia y la defensa de los derechos humanos’ en el hemisferio”¹²².

79. Adicionalmente, el Estado que ha denunciado la Convención sigue ligado al cumplimiento integral de las reparaciones ordenadas en las sentencias de esta Corte hasta su conclusión en el marco del procedimiento de supervisión de cumplimiento. Ello pues, como se indicó, la Convención Americana impone el deber convencional de reparar integralmente las violaciones a los derechos y libertades en ella reconocidos. En efecto, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste por violación de una norma internacional. Con motivo de esta responsabilidad nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar¹²³. Asimismo, la Corte ha manifestado que la obligación de reparar contenida en el artículo 63.1 de la Convención Americana “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte y la jurisprudencia de otros tribunales”¹²⁴.

80. En tanto la sentencia interamericana adquiere la autoridad de cosa juzgada internacional, es obligación del Estado asegurar su eficacia *inter partes*, que consiste

(120) Cfr. *Caso Blake Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 2 de julio de 1996, Serie C, No. 27, párrs. 33 a 34 y 46; *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 1999, y *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2001, considerando 3. Véase también, CIDH. Informe N° 89/01 - Caso 12.342 Balkissoon Roodal Vs. Trinidad y Tobago del 10 de octubre de 2001, párr. 23.

(121) Véase artículo 45 de la Convención Americana. Cfr. CIDH. Informe No. 11/07 sobre el Caso Interestatal 01/06 (Nicaragua Vs. Costa Rica) de 8 de marzo de 2007, párrs. 124 y 127.

(122) *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 80.

(123) Cfr. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párr. 40, y *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 232.

(124) Cfr. *Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15, párr. 43.

en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia de manera pronta, íntegra y efectiva¹²⁵. Existe una vinculación total y absoluta a la totalidad de los contenidos y efectos del fallo que establece la responsabilidad internacional de un Estado, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana¹²⁶. Por ende, es deber del Estado cumplir de buena fe con lo que previamente y en uso de su soberanía se comprometió, esto es, a “cumplir la decisión de la Corte en todo caso” en que sea parte. Por tanto, aquellos Estados que hubieren aceptado la competencia de la Corte Interamericana, no pueden sustraerse de obligaciones emanadas de las sentencias emitidas por este Tribunal, a pesar de haber denunciado la Convención¹²⁷.

81. Lo mismo sucede con la implementación de las medidas provisionales ordenadas en el marco de lo establecido en el artículo 63.2 de la Convención con anterioridad a que la denuncia se haga efectiva, bajo los requisitos básicos de extrema gravedad y urgencia y de la necesidad de prevención de daños irreparables a las personas, mientras se mantenga su vigencia. Es decir, mientras la Corte mantenga la protección ordenada, en tanto el riesgo persiste y subsisten los referidos requisitos básicos, el Estado concernido se encuentra en la obligación de implementar de buena fe y en forma efectiva dichas medidas¹²⁸.

82. La Corte recuerda que la propia Convención Americana prevé en su artículo 65 un sistema de garantía colectiva para asegurar el cumplimiento de las decisiones emanadas de la Corte Interamericana, para lo cual señalará en su informe anual de labores a la Asamblea General de la OEA “los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. De igual forma, el artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana prescribe que en el referido informe de labores “[s]eñalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”. En esta línea, la Corte a través de sus resoluciones, especialmente en la fase de supervisión de cumplimiento, ha recurrido a la aplicación de lo dispuesto en el referido artículo 65 en varios casos. A raíz de ello, ha informado a la Asamblea General de la OEA sobre el incumplimiento de las reparaciones ordenadas, y solicitado que, conforme

(125) Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, considerandos 31 y 32.

(126) Cfr. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, supra, considerando 32.

(127) Cfr. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 noviembre de 2007, considerando 3 y punto declarativo segundo.

(128) Cfr. *Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2001, considerandos 3, 10 y 13, y *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Humberto Prado. Marianela Sánchez Ortiz y familia respecto de Venezuela. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de julio de 2020, considerandos 1, 2 y 24.

a su labor de proteger el efecto útil de la Convención Americana, inste a los correspondientes Estados a cumplir¹²⁹.

C.3) La vigencia de las obligaciones que surgen de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantiene activa

83. Los artículos 31 y 77 de la Convención Americana disponen, respectivamente, lo siguiente:

Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

Artículo 77

1. De acuerdo con la facultad establecida en el artículo 31, cualquier Estado parte y la Comisión podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades.

2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.

84. Al respecto, la Corte ha indicado que “[l]a Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América”¹³⁰. Con posterioridad a su adopción, se ha verificado una codificación temática progresiva en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Así, se incorporó el reconocimiento de ciertos derechos económicos, sociales, culturales y ambientales al ámbito de protección a través del Protocolo adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”¹³¹, y se adoptó el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos

(129) Véase, entre otros, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2019, pág. 83.

(130) *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fondo*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 33.

(131) El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entró en vigor el 16 de noviembre de 1999. En su preámbulo, afirma lo siguiente: “Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros”.

Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte¹³² “con el fin de consolidar la práctica de la no aplicación de la pena de muerte dentro del continente americano”.

85. Asimismo, la OEA propició el desarrollo progresivo y temático de los siguientes tratados interamericanos sobre derechos humanos: (i) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura¹³³; (ii) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas¹³⁴; (iii) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”¹³⁵; (iv) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹³⁶; (v) Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia¹³⁷; (vi) Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia¹³⁸, y (vii) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores¹³⁹. Dichos tratados imponen obligaciones internacionales más específicas y reforzadas en relación con los temas abordados a los Estados que los han ratificado¹⁴⁰.

86. En lo que se refiere a la facultad de terminar su participación en un tratado, la Corte nota que ninguno de los dos Protocolos contiene cláusula de denuncia. Al respecto, la Corte estima que, a pesar de su denominación, dichos instrumentos por su naturaleza constituyen tratados en sí mismos, de conformidad con el artículo 2.1.a de la Convención de Viena, que hacen parte de la codificación progresiva del derecho internacional de los derechos humanos en el continente americano y que

(132) El Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte fue adoptado el 8 de junio de 1990 y entró en vigor respecto de cada país en la fecha de su depósito del instrumento de ratificación.

(133) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura fue adoptada el 9 de diciembre de 1985 y entró en vigor el 28 de febrero de 1987.

(134) La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue adoptada el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 28 de marzo de 1996.

(135) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” fue adoptada el 9 de junio de 1994 y entró en vigor el 5 de marzo de 1995.

(136) La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad fue adoptada el 7 de junio de 1999 y entró en vigor el 14 de septiembre de 2001.

(137) La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia fue adoptada el 5 de junio de 2013 y entró en vigor el 11 de noviembre de 2017.

(138) La Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia fue adoptada el 5 de junio de 2013 y entró en vigor el 20 de febrero de 2020.

(139) La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores fue adoptada el 15 de junio de 2015 y entró en vigor el 11 de enero de 2017.

(140) La Corte nota que la mayoría de los tratados estipulan, como mecanismo de protección, el trámite de peticiones, ya sea en términos generales o específicos. Adicionalmente, algunos tratados establecen otros mecanismos para su monitoreo.

contienen sus propios regímenes de vigencia, por lo que no son meramente accesorios a la Convención Americana. Por otra parte, la Corte advierte que en todas las demás convenciones interamericanas se previó expresamente una cláusula de denuncia¹⁴¹. La formulación es prácticamente idéntica: (i) establece que la Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados partes podrá denunciarla; (ii) requiere que el instrumento de denuncia sea depositado en la Secretaría General de la OEA; (iii) establecen un período de transición de un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, para que surta efectos; y (iv) explicitan que, luego de ese período, el tratado cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados Partes¹⁴².

87. Por ende, de acuerdo a lo establecido en la Convención de Viena, resulta adecuado remitirse a las pautas establecidas en cada tratado respecto de su entrada en vigor y los regímenes de denuncia aplicables. En ese sentido, la Corte concluye que, para que un Estado pueda desvincularse de las convenciones interamericanas de derechos humanos que contienen expresamente una cláusula de denuncia, es requisito *sine qua non* la denuncia individual y autónoma de cada tratado interamericano, en los términos de sus propias disposiciones. Por lo tanto, si un Estado denuncia la Convención Americana, o se retira de la OEA, sigue vinculado a los otros tratados a menos que denuncie cada uno de manera individual (*infra* párr. 154).

88. En lo que respecta a los dos Protocolos a la Convención Americana, la falta de cláusula específica torna aplicable el artículo 56 de la Convención de Viena, en el sentido de que, en principio, “no podrá[n] ser objeto de denuncia”. En todo caso, de plantearse un asunto en concreto habrá de realizarse las determinaciones correspondientes teniendo en cuenta el principio general y, en su caso, atenerse a los únicos dos supuestos que permitirían apartarse de la conclusión anterior, esto es que “conste que fue la intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia” o que “pueda inferirse de la naturaleza del tratado”.

89. Por lo tanto, la denuncia de la Convención Americana no deja sin efecto la vigencia de las obligaciones que surjan de la ratificación de otros tratados interameri-

(141) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 23; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, artículo XXI; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, artículo 24; Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, artículo XIII; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, artículo 21; Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, artículo 21 y Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, artículo 39.

(142) En la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y las siguientes se ha señalado que: “Dicha denuncia no eximirá al Estado parte de las obligaciones que le impone la presente Convención con respecto a toda acción u omisión ocurrida antes de la fecha en que haya surtido efecto la denuncia” o “en que la denuncia haya entrado en vigor”.

canos de derechos humanos que se encuentren vigentes para el Estado denunciante. Es decir, los Estados parte en cada uno de ellos continúan sujetos a la observancia plena de esos otros instrumentos concernientes a la protección de derechos humanos que hayan sido ratificados y no denunciados individual y autónomamente, así como a la Carta de la OEA y la Declaración Americana (*infra* párrs. 94 a 99).

C.4) La denuncia efectiva de la Convención Americana no anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos

90. Luego que la denuncia surta efecto, el Estado denunciante mantiene una responsabilidad de observar la plena vigencia de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación, en función de su calidad de Estado Miembro de la OEA con base en la Carta de la OEA, la Declaración Americana y otros tratados e instrumentos concernientes a la protección de los derechos humanos, así como otras fuentes de derecho internacional. Asimismo, la Corte nota que varios Estados han incorporado la Convención Americana en su derecho interno, por lo que más allá de la denuncia a nivel internacional, dicho tratado puede continuar formando parte del marco normativo doméstico.

91. Al respecto, resulta pertinente señalar que las interpretaciones autorizadas que emite este Tribunal forman parte del *corpus iuris* relevante para dotar de contenido y eficacia a la protección de los derechos humanos, tanto a nivel internacional como internamente, y son, además, una fuente de derecho. En particular, la Corte recuerda que los criterios jurídicos derivados de la norma convencional interpretada constituyen parámetros para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos contenidas no solo en la Convención sino también en la Carta de la OEA, la Declaración Americana y otros tratados e instrumentos, con particular incidencia en el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos.

92. Ello se torna aún más evidente respecto de los criterios derivados de las interpretaciones autorizadas en el marco de su función consultiva, cuya amplitud ha sido resaltada en reiteradas oportunidades, en tanto tienen relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA, sean o no parte de la Convención Americana¹⁴³. En efecto, la Corte recuerda que su función consultiva tiene una amplia proyección en tanto puede ser activada también por Estados que no sean parte de la Convención Americana, pero que pertenezcan a la OEA. Además, se les concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de participar activamente en los procedimientos consultivos. Por lo tanto y tal como lo ha afirmado esta Corte, los Estados Miembros de la OEA cuentan, a partir de la norma convencional inter-

(143) Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra*, párr. 60, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 30.

pretada¹⁴⁴, “con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos [...] y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”¹⁴⁵.

93. En esta línea, la Corte enfatiza que los criterios jurídicos emanados de la jurisprudencia del Tribunal en su integralidad constituyen un instrumento en el que se debe apoyar la Comisión Interamericana para el desempeño de sus labores, así como los propios Estados Miembros de la OEA en el cumplimiento de sus obligaciones de observancia de los derechos humanos, emanadas de la Carta y la Declaración Americana. Ello resulta relevante no sólo en relación con Estados que hayan denunciado la Convención, sino también para todos los Estados Miembros de la OEA, pues dichas interpretaciones nutren el contenido y alcance del derecho interamericano. La Corte observa que, en muchos casos, sus interpretaciones del texto convencional necesariamente trascienden a la Convención y nutren el contenido de la Declaración Americana, los tratados e instrumentos interamericanos, en la medida que existe coincidencia en el ámbito de protección normativa de los derechos y libertades.

C.5) Las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la OEA y la Declaración Americana perduran bajo la supervisión de la Comisión Interamericana

94. La existencia de la Comisión Interamericana precede a la Convención Americana. En esta medida, la Carta de la OEA atribuye a la Comisión Interamericana la competencia de velar por los derechos humanos¹⁴⁶, como su órgano principal, por lo que sus funciones continúan con independencia de la vigencia de la Convención Americana¹⁴⁷. El artículo 106 de la Carta prevé que: “[h]abrá una Comisión

(144) Cfr. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párrs. 51 y 52; *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, *supra*, considerandos 65 a 90, y Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 31.

(145) Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 31.

(146) Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párr. 41.

(147) En efecto, la Comisión fue creada por Resolución VIII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en Santiago de Chile en 1959, la cual le encargó “promover el respeto” de los derechos humanos, y delegó al Consejo de la OEA establecer su organización y delimitar sus atribuciones. En 1960, el Consejo de la OEA aprobó el Estatuto de la Comisión, el cual fue reformado en diversas ocasiones, y en la actualidad le confiere las siguientes atribuciones respecto de todos los Estados Miembros de la OEA “a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; b. formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apro-

Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia". En este sentido, la Carta de la OEA alude a los derechos esenciales del hombre en su preámbulo (párrafo cuarto) y en varias de sus disposiciones, en particular el artículo 3.1). Al respecto, la Corte ha interpretado en reiteradas ocasiones que estos derechos corresponden a "los enunciados y definidos en la Declaración Americana"¹⁴⁸. Por tanto, subsiste un umbral de protección mínimo de los derechos humanos a través de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana bajo la supervisión de la Comisión Interamericana, como órgano principal de la OEA¹⁴⁹.

95. Adicionalmente, la Corte ya ha señalado que "no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración"¹⁵⁰. De este modo, si bien no es un tratado internacional, la Asamblea General de la OEA

piadas para fomentar el respeto a esos derechos; c. preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; d. solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre la medidas que adopten en materia de derechos humanos; e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten; f. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes; g. practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y h. presentar al Secretario General el programa- presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General" (art. 18 del Estatuto). En relación con los Estados Miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tiene, además, las siguientes atribuciones: "a. prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; b. examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales; c. verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados" (art. 20 del Estatuto). En 1967, la Comisión fue incorporada como un órgano principal de la OEA, con el mandato de "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia". El artículo 145 de la Carta dispone que "[m]ientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XV, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos".

(148) Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párr. 41.

(149) Cfr. CIDH, *Consideraciones sobre la ratificación universal de la Convención Americana y otros tratados interamericanos en materia de derechos humanos*, *supra*, párr. 17.

(150) Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párr. 37.

ha reafirmado en múltiples ocasiones que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados Miembros de la OEA¹⁵¹. En razón de lo anterior, la Corte ha establecido que “a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA”¹⁵².

96. Por otro lado, la Corte advierte que ciertas disposiciones de la Declaración Americana representan normas consuetudinarias o principios generales de derecho internacional y, en tal sentido, constituyen autónomamente fuentes del derecho internacional. Efectivamente, en el preámbulo de la Convención se señala expresamente “que los derechos esenciales del hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la persona humana” y que “estos principios han sido consagrados en la [...] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. En vista de ello, la Corte reafirma el carácter normativo y vinculante que la Declaración Americana tiene para los Estados Miembros de la OEA, constituyendo, en la actualidad, una norma central del *corpus iuris* interamericano que refleja el estándar mínimo de protección de derechos humanos en el continente americano.

97. En esta línea, en su *Opinión Consultiva OC-10/89*, la Corte interpretó que, “para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que define los derechos humanos referidos en la Carta”. Por ende, a pesar de no ser un tratado *stricto sensu*, la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para todos los Estados Miembros de la OEA¹⁵³. Además, es menester señalar que el artículo 29.d) de la Convención, manda a que ninguna disposición de dicho tratado pueda ser interpretada en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

98. Por consiguiente, un Estado que ha denunciado la Convención Americana continúa sujeto a las obligaciones y deberes impuestos en torno a la observancia de los derechos humanos indicados en la Carta de la OEA y la Declaración Ame-

(151) Cfr. Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párr. 42.

(152) Por ejemplo, en la resolución 314 (VII-0/77) del 22 de junio de 1977, la Asamblea General de la OEA encomendó a la Comisión Interamericana la elaboración de un estudio en el que “consigue la obligación de cumplir los compromisos adquiridos en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. En la resolución 371 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, la Asamblea General reafirmó “su compromiso de promover el cumplimiento de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y en la resolución 370 (VIII-0/78) del 1 de julio de 1978, se refirió a los “compromisos internacionales” de respetar los derechos del hombre “reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” por un Estado Miembro de la Organización. Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párrs. 42 y 43.

(153) Cfr. Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párr. 45.

ricana. Asimismo, la Corte concluye que la posibilidad de denuncia establecida en el artículo 78 de la Convención no puede excluir o limitar la competencia de la Comisión Interamericana, como órgano encargado de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, para analizar y tramitar peticiones individuales relativas a Estados que no son parte de la Convención Americana, con base en los derechos humanos esenciales de la persona humana establecidos en la Carta de la OEA y la Declaración Americana, así como cualquier otro tratado interamericano que se encuentre vigente para el Estado concernido. Esta competencia, basada en los artículos 106 y 145 de la Carta de la OEA, su Estatuto y Reglamento¹⁵⁴, se mantiene.

99. Asimismo, persisten los demás mecanismos de protección de derechos humanos que se encuentran a cargo de la Comisión Interamericana con base en el artículo 106 de la Carta de la OEA y los capítulos I, IV, V y VI del título II de su Reglamento vigente actualmente, a saber: adopción de medidas cautelares; monitoreo y cooperación técnica en materia de derechos humanos, relacionadas con la realización de visitas *in loco*; inclusión del Estado denunciante en su Informe Anual y otros informes estipulados tales como temáticos o geográficos, y convocatoria del Estado denunciante a audiencias.

C.6) Las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al ius cogens continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general

100. La Corte nota que la Convención de Viena dispone la obligación que le incumbe al Estado de “cumplir toda obligación enunciada en el tratado a la que esté sometido en virtud del derecho internacional independientemente de ese tratado” (art. 43 de la Convención de Viena). En esta línea, este Tribunal observa que existen obligaciones de la Convención Americana que coinciden con obligaciones bajo normas de derecho internacional consuetudinario. Lo mismo acontece con los principios generales de derecho (*supra* párr. 96), y con las normas de *ius cogens*. Estas normas seguirán obligando al Estado denunciante en virtud del derecho internacional general, como fuentes autónomas.

101. De conformidad con el artículo 53 de la Convención de Viena, las normas de *ius cogens* se encuentran definidas como:

Una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

(154) Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículos 18 a 20 y Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículos 23, 24, 51 y 52.

102. El *ius cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales¹⁵⁵. En su evolución y por su propia definición, el *ius cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados, sino que se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general y abarcando todos los actos jurídicos. El *ius cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional¹⁵⁶.

103. De este modo, los Artículos Sobre Responsabilidad Internacional por Hechos Internacionalmente Ilícitos¹⁵⁷, desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional, disponen, en lo relevante, lo siguiente:

Artículo 40: Aplicación del presente capítulo

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa del derecho internacional general.
2. La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.

Artículo 41: Consecuencias particulares de la violación grave de una obligación en virtud del presente capítulo

1. Los Estados deben cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave en el sentido del artículo 40.
2. Ningún Estado reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 40, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación.
3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las demás consecuencias enunciadas en esta parte y de toda otra consecuencia que una violación a la que se aplique el presente capítulo pueda generar según el derecho internacional.

Artículo 48: Invocación de la responsabilidad por un Estado distinto del Estado lesionado

(155) Véase, *inter alia*, T.P.I.Y, Cámara de Juicio II: Fiscal Vs. Anto Furundzija. Sentencia de 10 de diciembre de 1998. Caso No. IT-95-17/1-T, párrs. 137-146, 153-157; Corte Internacional de Justicia. *Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva solicitud: 2002) (República Democrática del Congo Vs. Rwanda)*. Sentencia de 3 de febrero de 2006 párr. 64; *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua Vs. Estados Unidos de América)*. Sentencia de 27 de junio de 1986, párr. 190, y *Cuestiones relativas a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica contra Senegal)*. Sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 99.

(156) Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra*, párr. 99.

(157) Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Resolución aprobada el 8 de junio de 2008, U.N. Doc. A/RES/62/61, Artículos 40, 41 y 48.

1. *Todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado de conformidad con el párrafo 2 si:*
 - a) *La obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del grupo; o*
 - b) *La obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.*
2. *Todo Estado con derecho a invocar la responsabilidad según el párrafo 1 podrá reclamar al Estado responsable:*
 - a) *La cesación del hecho internacionalmente ilícito y las seguridades y garantías de no repetición, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30; y*
 - b) *El cumplimiento de la obligación de reparación, de conformidad con lo dispuesto en los precedentes artículos, en interés del Estado lesionado o de los beneficiarios de la obligación violada.*

104. Así, la Comisión de Derecho Internacional, al hacer referencia al artículo 40 sobre la responsabilidad estatal por una violación grave a una obligación que proviene de una norma imperativa reconocida por la generalidad en el derecho internacional, señaló que:

Las obligaciones a que se refiere el artículo 40 dimanar de aquellas normas sustantivas de comportamiento que prohíben lo que ha llegado a considerarse intolerable porque representa una amenaza para la supervivencia de los Estados y sus pueblos y para los valores humanos más fundamentales¹⁵⁸.

105. El *ius cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo que, a raíz de su superior valor universal, constituye un conjunto de normas indispensables para la existencia de la comunidad internacional y para garantizar valores esenciales o fundamentales de la persona humana. Esto es, aquellos valores que se relacionan con la vida y la dignidad humana, la paz y la seguridad. Las prohibiciones acerca de los actos de agresión, de genocidio, de la esclavitud y trata de esclavos, de la tortura, de la discriminación racial y del apartheid, de los crímenes contra la humanidad, así como el derecho a la libre determinación, junto con las normas de derecho internacional humanitario básicas, han sido reconocidas como normas de *ius cogens*, que protegen derechos fundamentales y valores universales sin los cuales la sociedad no prosperaría, por lo que producen obligaciones *erga omnes*¹⁵⁹.

(158) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de 2001, Vol. II, Parte 2, pág. 120.

(159) Cfr. Corte Internacional de Justicia. *Caso República Democrática del Congo Vs. Ruanda*. Sentencia de 3 de febrero de 2006, párr. 64; *Cuestiones relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar*, (Bélgica

106. A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana ha reconocido, de forma no exhaustiva, las siguientes normas de *ius cogens*:

- Principio de igualdad y prohibición de discriminación¹⁶⁰;
- Prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica¹⁶¹;
- Prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes¹⁶²;
- Prohibición de la desaparición forzada de personas¹⁶³;
- Prohibición de la esclavitud y otras prácticas análogas¹⁶⁴;
- Principio de no devolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta¹⁶⁵;
- Prohibición de cometer o tolerar graves violaciones a los derechos humanos dentro de un patrón masivo o sistemático, entre ellas ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y torturas¹⁶⁶; y

Vs. Senegal). Sentencia de 20 de julio de 2012, párr. 99; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica Vs. España)* (Nueva solicitud: 1962). Sentencia de 5 de febrero de 1970, párr. 34; *Corte Penal Internacional, Caso Fiscal Vs. William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang*, No. ICC-01/09-01/11. Sentencia de 18 de junio de 2013, párr. 90; T.P.I.Y., *Caso Fiscal Vs. Furundzija*, No. IT-95-17/1-T. Sentencia de 10 de diciembre 1998, párrs. 147 y 151 a 153, y T.P. I.Y., *Caso Fiscal Vs. Kupreskic y otros*, No. IT-95-16-T. Sentencia de 14 de enero de 2000, párr. 520.

(160) Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra*, párr. 101, y *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesus Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 182.

(161) Cfr. *Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 92, y *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 140.

(162) Cfr. *Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123, párr. 100, y *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 178.

(163) Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 84, y *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 140.

(164) Cfr. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Kerde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párrs. 249 y 342, y *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 328, párr. 216.

(165) Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 225, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 181.

(166) Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 128; *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 99, y *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 404.

- Prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad y la obligación asociada de penalizar, investigar y sancionar estos crímenes¹⁶⁷.

107. Por consiguiente, las obligaciones asociadas a la plena observancia de las normas imperativas de derecho internacional permanecen vinculantes para un Estado, aun cuando haya denunciado la Convención Americana o se haya retirado de la OEA, así como para toda la comunidad de Estados, ya que son la base sobre las cuales se construye el orden internacional.

108. La Corte Internacional de Justicia, en ocasiones, ha sido ilustrativa en lo que respecta a dichas normas. Ejemplo de ello es su sentencia sobre el *caso Barcelona Traction*, de 5 de febrero de 1970, en la cual reconoció implícitamente su carácter imperativo al señalar que dichas obligaciones son de interés de todos los Estados y que son *erga omnes*. Por lo tanto, dicha Corte enumeró como normas de carácter universal que acarrear obligaciones *erga omnes*, la prohibición de actos de agresión y genocidio, la protección frente a la esclavitud y a la discriminación racial, así como las demás normas que protegen los derechos fundamentales de la persona humana¹⁶⁸. Por ende, un incumplimiento a estas obligaciones, hace que el infractor sea responsable frente al Estado que ha sido lesionado y frente a toda la comunidad internacional. Por tal razón, cualquiera de los Estados, legítimamente puede invocar la responsabilidad del otro.

109. De este modo, las normas pertenecientes al *ius cogens*, revestidas de carácter imperativo, acarrear obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares¹⁶⁹. Así, en caso de que el Estado denunciante cometa una violación a una norma de *ius cogens*, el resto de Estados de la OEA, y de la comunidad internacional en general, estarán obligados bajo el derecho internacional general a: (i) cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave, y (ii) no reconocer como lícita una situación creada por una violación grave, ni prestar ayuda o asistencia para mantener esa situación. Para estos fines, podrán, por ejemplo, activar el litigio inter-estatal.

110. Por lo tanto, el Estado denunciante seguirá obligado a cumplir con estas obligaciones no ya por la Convención Americana, sino por la costumbre, los principios generales de derecho o el *ius cogens* como fuente del derecho internacional¹⁷⁰,

(167) Cfr. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, *supra*, párrs. 99 a 114, y *Caso Herzog y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Serie C No. 353, párrs. 212 y 232.

(168) Corte Internacional de Justicia. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica Vs. España)* (Nueva solicitud: 1962). Sentencia de 5 de febrero de 1970, párrs. 33 y 34.

(169) Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, *supra*, párr. 110, y Opinión Consultiva OC-25/17, *supra*, párr. 107.

(170) El artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas

incluso después de que su denuncia se haga efectiva. Es decir, que la falta de vigencia de la Convención Americana no excluye el deber del Estado de cumplir cualquier obligación en materia de derechos humanos a la que se encuentra sujeto bajo el derecho internacional general.

D. Conclusión

111. El artículo 78 de la Convención Americana prevé una cláusula de denuncia del tratado, que puede ser invocada por los Estados que tengan un interés en dejar de formar parte del mismo. A tal fin, la disposición incluye determinadas pautas procedimentales que deben ser cumplidas de forma apropiada para que surta efectos en el plano internacional. Además, se impone un deber al depositario del tratado, de informar a las otras partes cuando se recibe una notificación de denuncia.

112. Sobre el particular, la Corte recuerda que no es posible denunciar la Convención Americana con efectos inmediatos. El artículo 78.1 dispone de un período de transición de un año, durante el cual adquiere especial gravitación que el resto de los Estados parte de la Convención Americana, como garantes colectivos de su eficacia, exterioricen de forma oportuna a través de los canales institucionales las observaciones u objeciones que estimen pertinentes ante denuncias que no resistan un escrutinio a la luz del principio democrático y afecten el interés público interamericano, de modo tal que se active la garantía colectiva.

113. Al respecto, la Corte hizo hincapié en la necesidad de aplicar un escrutinio más estricto ante denuncias que se dan en situaciones que denotan una especial gravedad y pueden acarrear una afectación a la estabilidad democrática, la seguridad y la paz hemisférica, con la consiguiente afectación generalizada a los derechos humanos, como son: (1) por una disconformidad con una decisión adoptada por el órgano de protección y motivada por una voluntad manifiesta de incumplir los compromisos internacionales adoptados en la misma; (2) en el escenario de una situación de suspensión de garantías de manera indefinida o que atente contra el núcleo inderogable de derechos; (3) en un contexto de violaciones graves, masivas o sistemáticas de los derechos humanos; (4) en el marco de la progresiva erosión de las instituciones democráticas; (5) ante una alteración o ruptura manifiesta, irregular o inconstitucional del orden democrático, y/o (6) durante la ocurrencia de un conflicto armado.

114. La consecuencia central de la denuncia efectiva de la Convención, como tratado de derechos humanos, consiste en despojar a las personas bajo la jurisdicción

expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59".

del Estado concernido de la protección multinivel, en concreto de la posibilidad de acudir a las instancias judiciales internacionales como la Corte Interamericana para reclamar su exigibilidad a un nivel complementario de protección judicial de sus derechos. Sin embargo, subsistirán determinadas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en tanto Estados Miembros de la OEA.

115. En particular, la Corte determinó que, cuando un Estado Miembro de la OEA denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho acto tiene las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones convencionales permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Convención Americana no surte efectos retroactivos; (3) la vigencia de las obligaciones que surgen de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantiene activa; (4) la denuncia efectiva de la Convención Americana no anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos; (5) las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la OEA y la Declaración Americana perduran bajo la supervisión de la Comisión Interamericana; y (6) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general.

116. Por último, la Corte recuerda la relevancia de su jurisprudencia para todos los Estados Miembros de la OEA en tanto nutre el contenido y alcance del derecho interamericano y resulta una pauta hermenéutica autorizada para lograr el cumplimiento efectivo de las obligaciones estatales respecto de la observancia de los derechos humanos, emanados de la Carta de la OEA, la Declaración Americana, así como de otros tratados e instrumentos interamericanos concernientes a la protección de los derechos humanos en el continente americano.

V. LOS EFECTOS DE LA DENUNCIA DE LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS POR UN ESTADO MIEMBRO QUE NO ES PARTE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

117. La segunda pregunta de Colombia parte de establecer el supuesto de un Estado Miembro de la OEA que no es parte de la Convención Americana y que se retira de dicha organización. Con base en ello, consulta sobre cuáles son los efectos de dicha denuncia y retiro sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de dicho Estado y de los demás.

118. La Corte estima pertinente aclarar que, si bien la pregunta se centra en los efectos que tendría la denuncia y retiro de la Carta de la OEA, a fin de dar respuesta

al pronunciamiento solicitado es necesario también tener en consideración los términos de la propia cláusula de denuncia contenida en el artículo 143 y, en su caso, realizar las interpretaciones que correspondan. Por otro lado, es preciso reiterar que la interpretación que haga la Corte de la Carta de la OEA y de sus efectos se circunscribe a los aspectos concernientes a las obligaciones en materia de derechos humanos. Por tal motivo, la Corte abordará esta pregunta cubriendo la interpretación de las siguientes cuestiones: (a) la cláusula de denuncia contenida en el artículo 143 de la Carta de la OEA y la interpretación de la fórmula que alude a las “obligaciones emanadas” de dicho tratado; (b) los efectos de la denuncia y retiro de la Carta de la OEA sobre las obligaciones internacionales emanadas de la misma en materia de derechos humanos y (c) conclusión en torno a la interpretación de la cláusula “las obligaciones emanadas de la Carta de la OEA” y el alcance de las obligaciones de derechos humanos que subsisten hasta su efectivo cumplimiento.

A. La cláusula de denuncia contenida en el artículo 143 de la Carta de la OEA y la interpretación de la fórmula que alude a las “obligaciones emanadas” de dicho tratado

119. La Carta de la Organización de los Estados Americanos suscrita en 1948 en Bogotá, República de Colombia, es el tratado constitutivo de esta organización regional¹⁷¹, bajo los términos del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas sobre Acuerdos Regionales. Su propósito principal es, de conformidad con su artículo 1, “lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia”. La Carta de la OEA entró en vigencia en diciembre de 1951, y fue sucesivamente enmendada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967¹⁷², el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985¹⁷³, el Protocolo

(171) Sin embargo, el sistema interamericano no surge a partir de ese momento, sino que encuentra su origen a fines del siglo XIX, en la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890, mediante la cual se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. Reconoce, además, como su antecedente inmediato la Unión Panamericana.

(172) Introdujo reformas relativas al establecimiento de metas de desarrollo económico y social en el marco de los principios democráticos. Así, estableció pautas de solidaridad y cooperación regional en materia de desarrollo económico, social y tecnológico. Incorporó, asimismo, la importancia de desarrollar normas de cooperación científica, educativa y cultural. Además, realizó varias reformas relativas a la denominación y competencias de los distintos órganos que componen a la OEA.

(173) Introdujo como propósitos esenciales de la organización “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros”. Asimismo, dentro de los principios de la organización, se agregó que “todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos,

de Washington de 1992¹⁷⁴, y el Protocolo de Managua de 1993¹⁷⁵. Dicha organización se conforma con aquellos Estados independientes del continente americano que, al 10 de diciembre de 1985, fueran miembros de las Naciones Unidas y con los territorios no autónomos mencionados en el documento OEA/Ser.P, AG/doc.1939/85, del 5 de noviembre de 1985, cuando alcancen su independencia, siempre y cuando firmen y ratifiquen la Carta de acuerdo al procedimiento establecido (arts. 7 y 8).

120. El artículo 143 de la Carta de la OEA prevé la posibilidad de denuncia, de modo tal que un Estado Miembro puede retirarse de la organización regional, en los siguientes términos:

Artículo 143.

Esta Carta regirá indefinidamente, pero podrá ser denunciada por cualquiera de los Estados miembros, mediante comunicación escrita a la Secretaría General, la cual comunicará en cada caso a los demás las notificaciones de denuncia que reciba. Transcurridos dos años a partir de la fecha en que la Secretaría General reciba una notificación de denuncia, la presente Carta cesará en sus efectos respecto del Estado denunciante, y éste quedará desligado de la Organización después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la presente Carta.

121. La Corte nota que la referida disposición establece: (1) la necesidad de comunicar por escrito a la Secretaría General de la decisión de denuncia, y la obligación del depositario de comunicar esta denuncia a los demás Estados Miembros; (2) un período de transición de 2 años, y (3) las consecuencias que se derivan de la efectividad de la denuncia. Sobre este último aspecto indica, por un lado, la cesación de los efectos de la Carta respecto del Estado denunciante y, por el otro, establece que el Estado denunciante “quedará desligado de la Organización después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la presente Carta”.

122. De lo anterior se desprenden dos posibles interpretaciones, una es que la efectividad de la denuncia depende del cumplimiento de las obligaciones emanadas de la Carta y, la otra, es que la denuncia se hace efectiva luego de transcurrido el período de transición con lo cual cesa de aplicarse la Carta, pero subsisten ciertas

económicos y sociales”. Además, el Protocolo realizó diversas modificaciones a la estructura orgánica de la organización.

(174) Introdujo modificaciones adicionales que disponen que uno de los propósitos fundamentales de la OEA es promover, mediante la acción cooperativa, el desarrollo económico, social y cultural de los Estados Miembros y ayudar a erradicar la pobreza extrema en el Hemisferio. En cuanto a las reformas a los principios de la organización se agregó “la eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados Americanos”.

(175) Estableció el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral con el propósito de “promover la cooperación entre los Estados americanos con el propósito de lograr su desarrollo integral, y en particular para contribuir a la eliminación de la pobreza crítica, de conformidad con las normas de la Carta y en especial las consignadas en el Capítulo VII de la misma, en los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico”.

obligaciones emanadas de la misma. La Corte encuentra que, de la forma en que está redactada la disposición, esta segunda versión es la que debe prevalecer.

123. En efecto, de la referida redacción se deriva que, si bien cesan los efectos de la Carta a futuro para el Estado denunciante, éste no queda desligado totalmente de sus obligaciones adquiridas de forma previa a que se torne efectiva la denuncia. Todo lo contrario, la redacción de la Carta expresamente condiciona que el Estado denunciante quede desligado de la organización a que haya dado cumplimiento a las obligaciones emanadas del referido instrumento. Por otra parte, la fórmula “obligaciones emanadas de la presente Carta” es amplia, y no limita en su redacción al cumplimiento de un determinado tipo de obligaciones específicas. Ello lleva, naturalmente, al interrogante interpretativo sobre cuáles son esas obligaciones a las que hace referencia el artículo 143 desde una perspectiva de derechos humanos. Por lo tanto, el alcance de las consecuencias en materia de derechos humanos, una vez que la denuncia se torna efectiva luego del período de transición, debe ser sujeta a interpretación y determinación de cuáles son las obligaciones subsistentes a las que se refiere dicha disposición.

124. En ese sentido, resulta idónea la interpretación basada en criterios objetivos (vinculados a los textos mismos) y subjetivos (relativos a la intención de las partes) pues la Carta de la OEA constituye un tratado multilateral constitutivo de una organización regional. Es jurisprudencia constante de la Corte hacer uso de los métodos de interpretación estipulados en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena para llevar a cabo dicha interpretación¹⁷⁶. La Corte procederá a interpretar el artículo 143 de la Carta en el siguiente orden: (1) interpretación literal; (2) interpretación teleológica; (3) interpretación contextual y sistemática, y (4) métodos complementarios de interpretación.

A.1) Interpretación literal

125. En primer lugar, corresponde realizar una interpretación basada en el sentido corriente de los términos previstos por el artículo 143 de la Carta de la OEA. Para la Real Academia Española, el verbo emanar traduce su significado en dos acepciones relevantes: (i) proceder, derivar, traer origen y principio de algo de cuya sustancia se participa, y (ii) emitir, desprender de sí¹⁷⁷. Por ende, de acuerdo a sus términos, una interpretación literal conlleva a entender que el mencionado artículo 143 se refiere a todas las obligaciones que se derivan o tienen su origen en la Carta de la OEA, o bien que se desprenden de la misma, pues la fórmula recurre al plural de modo tal que no cabe una interpretación que restrinja las obligaciones

(176) Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, *supra*, párr. 33, y *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 32.

(177) Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 23.^a ed. [versión 23.4 en línea].

a sólo aquellas de un tipo. No obstante, el texto mismo del artículo 143 no permite identificar cuáles, en particular, son estas obligaciones que subsisten pues no contiene un listado de las mismas. Para determinar cuáles son estos tipos de obligaciones, la Corte recurrirá a los demás métodos mencionados.

A.2) Interpretación teleológica

126. La Corte ha indicado que en una interpretación teleológica se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, los propósitos del sistema regional¹⁷⁸. Por tratarse de la norma constitutiva de una organización regional, como lo es la OEA, resulta pertinente referirse también a los Protocolos que la reformaron.

127. El preámbulo de la Carta de la OEA contiene varias referencias que permiten establecer el objeto y fin de dicho tratado, centralmente el de “consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Además del preámbulo, la Carta de la OEA consta de tres partes: una primera dedicada al desarrollo sustantivo de los propósitos, naturaleza y fines, así como los derechos y deberes de los miembros de la organización; una segunda parte orgánica que especifica los diversos órganos que la componen y sus funciones; y una tercera relativa a las cláusulas finales. La primera parte resulta también relevante para la interpretación teleológica. En cuanto a la naturaleza y propósitos, se encuentra lograr un orden de paz y de justicia en los Estados americanos, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia, con respeto al principio de no intervención (art. 1).

128. El artículo 2 de la Carta de la OEA establece una serie de propósitos esenciales que procura alcanzar, entre ellos “afianzar la paz y la seguridad del continente” y “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención” a fin de “realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas”.

129. Asimismo, en el artículo 3 de la Carta se reafirman, entre otros, los siguientes principios:

- a) El derecho Internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas.
- b) El orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y por el fiel cum-

(178) Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra*, párr. 59, y *Opinión Consultiva OC-22/16, supra*, párr. 40.

plimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.

- c) La buena fe debe regir las relaciones de los Estados entre sí.
- d) La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa.
- e) Todo Estado tiene derecho a elegir, sin injerencias externas, su sistema político, económico y social, y a organizarse en la forma que más le convenga, y tiene el deber de no intervenir en los asuntos de otro Estado. Con sujeción a lo arriba dispuesto, los Estados americanos cooperarán ampliamente entre sí y con independencia de la naturaleza de sus sistemas políticos, económicos y sociales.
- f) La eliminación de la pobreza crítica es parte esencial de la promoción y consolidación de la democracia representativa y constituye responsabilidad común y compartida de los Estados americanos.

[...]

- j) La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera.

[...]

- l) Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

130. Asimismo, el artículo 17 establece que en el libre desenvolvimiento del Estado respecto a su vida cultural, política y económica “respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”. Adicionalmente, el artículo 45 alude a que la persona “sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz”, para lo cual se acuerda dedicar los máximos esfuerzos estatales en una serie de principios y mecanismos, entre los que figura el siguiente: “[t]odos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”. Por su parte, el artículo 53 dispone que la OEA realiza sus fines por medio de diferentes órganos, entre los que se encuentra la Asamblea General y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁷⁹. Además, es necesario resaltar que el primer Estatuto de la

(179) La inclusión de la Comisión como órgano principal de la OEA fue dispuesta por el Protocolo de Buenos Aires de 1967, aunque la Comisión había sido creada con anterioridad en el año 1959. Dicho Protocolo también previó, como cláusula transitoria, que “mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XV, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos”.

Comisión Interamericana de 1960 establecía que “[...] por derechos humanos se entienden los consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”, la cual fue aprobada el 30 de abril de 1948, esto es unos meses antes de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la misma Novena Conferencia de Bogotá que adoptó la Carta de la OEA.

131. La Corte considera que una interpretación teleológica del preámbulo y los principios de la Carta, así como su evolución a través de los protocolos que la reformaron, implica que el objeto del tratado es la creación de una organización regional, cuyo fin o propósito es consolidar un “régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, que promueva la “democracia representativa” y la cooperación internacional dentro del continente americano, de conformidad con los principios y propósitos de las Naciones Unidas y en respeto de la personalidad, soberanía e independencia de los Estados y de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional. Ello demuestra que la organización regional tiene unos propósitos y fines entrelazados entre sí cuya aspiración final procura afianzar la estabilidad democrática, seguridad y paz en el continente a través de la solidaridad y cooperación interamericanas, la promoción de la democracia representativa, el respeto de los derechos humanos sin discriminación y la promoción del desarrollo económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico.

A.3) Interpretación contextual y sistemática

132. Según el criterio sistemático, las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen¹⁸⁰. En este sentido, la Corte ha considerado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toma en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31), esto es, el sistema interamericano¹⁸¹.

133. En el marco de una interpretación sistemática de la Carta de la OEA, se debe tener en cuenta, por un lado, todas las disposiciones que la integran y, por el otro, los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con ella, esto es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la progresiva codificación del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema interamericano a través de la Convención Americana y otros tratados interamericanos, y la Carta Democrática Interamericana, por cuanto permiten verificar si la interpretación

(180) Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y*

(181) Cfr. Opinión Consultiva OC-22/16, *supra*, párr. 44, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 183.

dada a una norma o término en concreto es coherente con el sentido de las demás disposiciones¹⁸².

i) Contexto interno

134. Del articulado de la Carta de la OEA surge que, además de la mención en el artículo 143, en contadas ocasiones se hace referencia al término “obligaciones” en relación con los Estados Miembros:

- En su artículo 2 se hace alusión al cumplimiento de las obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, para lo cual se enlista una serie de propósitos esenciales (*supra* párr. 128).
- Entre los principios que se proclaman, el artículo 3.b) alude “[a]l fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional”.
- El artículo 6 dispone que “[c]ualquier otro Estado americano independiente que quiera ser miembro de la Organización, deberá manifestarlo mediante nota dirigida al Secretario General, en la cual indique que está dispuesto a firmar y ratificar la Carta de la Organización así como a aceptar todas las obligaciones que entraña la condición de miembro, en especial las referentes a la seguridad colectiva, mencionadas expresamente en los artículos 28 y 29 de la Carta”.
- El artículo 9.e) especifica que “[e]l [Estado] miembro que hubiere sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones con la Organización”.
- El artículo 24 contiene una cláusula interpretativa respecto a los procedimientos de la Carta en cuanto a la solución pacífica de controversias, que expresa lo siguiente: “Esta disposición no se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con los artículos 34 y 35 de la Carta de las Naciones Unidas”.
- El artículo 131 dispone que: “Ninguna de las estipulaciones de esta Carta se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas”.

135. Por otra parte, el artículo 54.e) de la Carta de la OEA atribuye la función de “fijar las cuotas de los Estados miembros” a la Asamblea General.

136. La Corte nota que, de lo anteriormente expuesto, se colige que no existe en la Carta de la OEA un listado preciso de obligaciones, aunque se hace alusión de forma reiterada a aquellas emanadas de la Carta de las Naciones Unidas, de los

(182) Cfr. Opinión Consultiva OC-22/16, *supra*, párr. 45, y Opinión Consultiva OC-25/18, *supra*, párr. 184.

tratados y de otras fuentes del derecho internacional. Por tanto, la Corte interpreta que las “obligaciones que emanan” de la Carta tienen su origen en los propósitos y principios axiológicos recogidos en la misma, que tal como fue expuesto previamente incluyen la promoción de la observancia y la defensa de los derechos humanos sin discriminación, y se desprenden y concretan en aquellas obligaciones que surgen de los tratados y otras fuentes de derecho internacional, como la Declaración Americana, que conciernen a la protección de los derechos humanos en el continente americano. Específicamente, la Corte ha señalado que, para los Estados Miembros de la OEA, la Carta de la Organización y la Declaración Americana son fuentes de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Por su parte, “para los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención”, sin perjuicio de que, en virtud del artículo 29.d) de la Convención, rigen para ellos también las obligaciones que se derivan de la Carta y la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA¹⁸³.

ii) Interpretación sistemática

137. La Corte recuerda que la Declaración Americana fue aprobada en la misma Novena Conferencia en que fue adoptada la Carta de la OEA (*supra* párr. 130). En esta medida, aquel instrumento, como se ha dicho reiteradamente, complementa los derechos esenciales de la persona a los que se refiere el tratado constitutivo de la OEA en su artículo 3.l) al afirmar que “[l]os Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”. La Corte ya ha señalado que de la Carta de la OEA se desprenden obligaciones concretas de derechos humanos, al igual que del texto de la Declaración Americana adoptada en 1948, que como se señaló recoge normas consuetudinarias y principios generales de derecho internacional (*supra* párrs. 94 a 97).

138. Por otra parte, como fue desarrollado previamente, en el sistema interamericano se ha verificado la progresiva codificación del derecho internacional de los derechos humanos en una serie de instrumentos que, además de la Convención Americana y sus dos Protocolos, consisten en una serie de tratados vinculantes para aquellos Estados que los han ratificado (*supra* párrs. 84 y 85). Por ejemplo, la Convención de Belem do Pará es el tratado más ampliamente ratificado en el sistema interamericano, demostrando el compromiso crucial de los Estados americanos en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer.

139. Además, el sistema interamericano ha ido progresivamente profundizando en la relación entre la democracia representativa y la observancia de los derechos y libertades de las personas. Si bien no existe un modelo de democracia único, el sistema interamericano en general abraza un ideal de sistema político específico:

(183) Cfr. Opinión Consultiva OC-10/89, *supra*, párrs. 43, 45 y 46.

la democracia representativa. En este sentido, la Carta de la OEA establece como uno de sus propósitos esenciales “la promoción y la consolidación de la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”¹⁸⁴. En el Protocolo de Cartagena de 1985, que reformó la Carta, se robusteció el concepto de democracia representativa al incluirse en el preámbulo una referencia que la coloca como “condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Posteriormente, la Carta Democrática Interamericana recogió la interpretación que los propios Estados Miembros de la OEA hacen de las normas atinentes a la democracia tanto de la Carta de la OEA como de ésta¹⁸⁵. En los términos de la Carta Democrática, “el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la [OEA]”¹⁸⁶. En su artículo 3 incluye como “elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”. Además, la Carta Democrática Interamericana, instrumento jurídico que forma parte del sistema interamericano, contiene obligaciones en materia del ejercicio efectivo de la democracia representativa que deben ser cumplidas por los Estados y recoge los vínculos indisolubles entre la democracia y el respeto pleno de los derechos humanos y las libertades en varios de sus artículos (3, 7, 8, 9 y 10). Se resalta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 21 que prevé que “[e]l Estado Miembro que hubiera sido objeto de suspensión deberá continuar observando el cumplimiento de sus obligaciones como miembro de la Organización, en particular en materia de derechos humanos”.

140. En suma, una interpretación sistemática del artículo 143 de la Carta de la OEA implica reconocer que las “obligaciones emanadas” de la Carta deben incluir los deberes y compromisos adoptados por los Estados Miembros para la promoción

(184) Artículo 2.b de la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

(185) Los considerandos 2 y 4 del preámbulo de la Convención Americana disponen lo siguiente: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; [...] Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados [...]”. En este sentido, la Carta Democrática Interamericana también podría ser catalogada como un acuerdo entre los Estados parte en ambos tratados acerca de la aplicación e interpretación de esos instrumentos. Así, el artículo 31.3.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que: “Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”. Cfr. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*, *supra*, párr. 114.

(186) Cfr. Artículo 2 de la Carta Democrática Interamericana.

y respeto de los derechos humanos y libertades sin discriminación, contenidos en la Carta, en la Declaración Americana y en los demás instrumentos que hacen parte del desarrollo y la codificación progresiva del derecho interamericano.

A.4) Métodos complementarios de interpretación

141. Según el artículo 32 de la Convención de Viena, los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de la interpretación realizada de conformidad con los métodos señalados en el artículo 31. Lo anterior implica que son utilizados de forma subsidiaria.

142. El trabajo de la Novena Conferencia Internacional Americana tenía como uno de sus propósitos aprobar un anteproyecto de “Pacto Constitutivo del Sistema Interamericano”. En los debates suscitados en la Comisión Primera¹⁸⁷, Argentina propuso la inclusión de un artículo sobre la denuncia de la Carta¹⁸⁸. En sus consideraciones, Argentina indicó que ello se inspiraba en el artículo XII de la Convención Sobre la Unión Panamericana, el cual señalaba lo siguiente “[l]os Estados contratantes podrán retirarse de la Unión Panamericana en cualquier momento, debiendo abonar sus cuotas respectivas por el término del año fiscal corriente”¹⁸⁹.

143. Frente a ello, México señaló lo siguiente:

(187) La Comisión Primera se subdividió a su vez en tres distintas comisiones: 1) Subcomisión A: preámbulo, principios y declaración de derechos y deberes de los Estados (integrada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, EEUU, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela y Uruguay); 2) Subcomisión B: miembros, naturaleza y propósito del sistema (integrada por Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Haití, México, Nicaragua, Paraguay, y Venezuela), y 3) Subcomisión C: disposiciones varias, ratificación y vigencia (integrada por Costa Rica, Honduras, Perú, República Dominicana y Uruguay).

(188) En los siguientes términos: “Debe agregarse un artículo en el pacto referente a la denuncia. La Delegación Argentina estima que un pacto de esta naturaleza debe contener una cláusula de denuncia, porque ningún gobierno tiene el derecho a comprometer a perpetuidad el Estado que representa [...] la denuncia de cualquier tratado es un derecho indeclinable, que existiría aunque no figure expresamente en el instrumento firmado. La cláusula *rebus sic stantibus* [...] ha sido consagrada por la teoría y reconocida por la Conferencia de San Francisco cuando esta redactó la Carta de las Naciones Unidas [...] Política y técnicamente es mejor el método propuesto en el articulado argentino, pues en él se reconoce un derecho que nadie podría negar y se establece en cambio una obligación correlativa que dará más permanencia al pacto: el Estado que lo denuncie no queda desligado automáticamente; durante un año, tiene los mismos derechos y obligaciones que el resto de los Estados que no han denunciado el pacto”. Novena

Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, 1953. Volumen III, pág. 163.

(189) Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Volumen III, *supra*, pág. 163 y 313. Ver, asimismo, Convención Sobre la Unión Panamericana adoptada el 20 de febrero de 1928 en la Sexta Conferencia Internacional Americana en La Habana, Cuba, artículo XII. Dicha Convención nunca entró en vigor por falta de un número suficiente de ratificaciones.

[...] por ser la naturaleza de la Carta tan importante, agregársele una cláusula de denuncia sería como introducirle un principio de disolución; y que, en el caso de guardarse un silencio con esa posibilidad, no por eso quedaría ningún Estado incapacitado para retirarse. Sobre este asunto podría hacerse una cosa semejante a la que contempla la Carta de las Naciones Unidas, la cual guarda silencio al respecto.

Manifestó que, en el caso de que figurase esa cláusula de denuncia [...] le parecía muy conveniente que se establecieran ciertos requisitos para abandonar la organización, como estaba estipulado en la Sociedad de las Naciones. Asimismo dijo que México creía necesario se estipularan medidas para el caso de que un Estado estuviera violando las disposiciones de la Carta¹⁹⁰.

144. El artículo 1 del Pacto de la Sociedad de las Naciones establecía lo siguiente: “[t]odo miembro de la Liga podrá, previa denuncia hecha con dos años de anticipación, retirarse de la Liga, siempre que en el momento de su retiro haya dado cumplimiento a todas sus obligaciones internacionales y a todas sus obligaciones de este Pacto”¹⁹¹.

145. En sus exposiciones ante la Comisión Primera, los delegados de Argentina y México reiteraron sus posiciones. Argentina señaló que “[e]ste artículo, análogo al que aparece al tratado de Río, creemos sinceramente que fortalece la Carta. No hace sino consagrar un derecho que ya tienen los Estados en virtud de la cláusula *rebus sic stantibus*, y en cambio, consagra una obligación: la de estar atado a las obligaciones de la misma Carta durante el lapso que está fijado en el artículo”¹⁹². La delegación de México sugirió que “pongamos dos años (que es el plazo que ponía la Sociedad de las Naciones) como plazo [...] es costumbre en esta clase de cláusulas referentes a organismos internacionales. Agreguemos que el Estado que denuncie el pacto se retirará después de haber cumplido con las obligaciones pendientes dentro de la organización”¹⁹³. La propuesta enmendada por México fue adoptada por unanimidad en la Comisión Primera¹⁹⁴.

146. En suma, la revisión de los *travaux préparatoires* lleva a confirmar que la redacción final del artículo 143 no limita la clase de obligaciones que debe cumplir el Estado denunciante para quedar desligado de la OEA al pago de las cuotas, por lo que puede incluir otras obligaciones que se desprendan de la Carta. Ello confir-

(190) Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Volumen III, *supra*, pág. 312.

(191) Pacto de la Sociedad de las Naciones, firmado el 28 de junio de 1919 en Versalles, artículo 1.

(192) Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Volumen III, *supra*, pág. 291 y 292.

(193) Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Volumen III, *supra*, pág. 292.

(194) Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, Actas y Documentos. Volumen III, *supra*, pág. 293.

ma que las obligaciones en materia de derechos humanos deben ser consideradas dentro de lo dispuesto en el artículo 143 de la Carta de la OEA.

B. Los efectos de la denuncia y retiro de la Carta de la OEA sobre las obligaciones internacionales emanadas de la misma en materia de derechos humanos

147. Teniendo en cuenta que la Carta de la OEA y la Declaración Americana, junto con los mecanismos en ellas previstos, resultan el último eslabón de la protección internacional de los derechos humanos, cuando un Estado Miembro de la OEA ha denunciado la Convención Americana, o bien constituyen la única vía de protección interamericana si el Estado no ha ratificado la Convención Americana y aceptado la competencia contenciosa de la Corte. Al respecto, resulta pertinente subrayar que una denuncia de la Carta de la OEA y el retiro de la Organización dejaría en total desprotección a las personas bajo la jurisdicción del Estado concernido frente a las instancias de protección internacional regionales. La Corte reitera la especial gravedad que conlleva una denuncia de la Carta de la OEA en contextos como los descritos en el párrafo 73 *supra*, por lo que subraya que es responsabilidad de los demás Estados Miembros de la OEA manifestar oportunamente las observaciones u objeciones que estimen pertinentes enmarcadas en la noción de garantía colectiva.

148. A continuación, la Corte dará respuesta al interrogante relativo a los efectos de la denuncia y retiro de la Carta de la OEA sobre las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

B.1) Las obligaciones de derechos humanos derivadas de la Carta de la OEA permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva

149. Como se expresó previamente, todas las obligaciones emanadas de la Carta de la OEA permanecen inalterables durante el período de transición de dos años, desde que se notifica el instrumento de denuncia a la Secretaría General hasta que la misma se hace efectiva. Durante este período, el Estado puede también notificar su retractación de la denuncia. En esta medida, los mecanismos de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos siguen activos.

B.2) La denuncia efectiva de la Carta de la OEA no surte efectos retroactivos

150. La denuncia efectiva de la Carta de la OEA no surte efectos retroactivos. En la medida que la Comisión es el órgano encargado por la Carta para la observancia de los derechos humanos, ésta puede conocer de peticiones individuales en que se denuncien hechos ocurridos con anterioridad a que se haga efectiva la denuncia y cesen los efectos de la Carta de la OEA para el Estado denunciante, o bien aquellos

de carácter o con efectos continuos (*supra* párrs. 77 y 94), con base en las obligaciones adquiridas en dicho instrumento y la Declaración Americana.

B.3) El deber de cumplir con las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se mantiene hasta su cumplimiento total

151. Por otra parte, la Corte nota que, de acuerdo a la propia formulación del artículo 143 de la Carta de la OEA, el Estado denunciante no queda desligado de sus obligaciones en materia de derechos humanos adquiridas de forma previa a que se perfeccionara la denuncia. Debe dar cumplimiento a las “obligaciones emanadas de la [...] Carta”, las cuales incluyen aquellas adquiridas con anterioridad y que, en lo que aquí incumbe, se derivan específicamente de decisiones de los órganos del sistema de protección de derechos humanos con base en los instrumentos a los cuales el Estado denunciante se encontraba obligado en lo concerniente a la protección de los derechos humanos, en los términos que se especifican a continuación.

152. En esta línea, si el Estado denunciante fue parte también de la Convención Americana, deberá cumplir, de buena fe y de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, con las obligaciones adquiridas en procedimientos basados en dicho tratado, mientras que los órganos de protección mantengan su competencia temporal respecto del Estado denunciante. En este sentido, el Estado que se retire de la OEA sigue vinculado en todos los casos que estén en conocimiento de los órganos de protección de los derechos humanos y debe seguir participando de los procedimientos previstos. En particular, la Corte recalca que el Estado denunciante permanece obligado al cumplimiento integral de las reparaciones ordenadas a través de la función contenciosa de este Tribunal, aún después que la denuncia de la Carta de la OEA se haga efectiva.

153. En cuanto a aquellos Estados que se retiren de la OEA, pero nunca hayan sido parte de la Convención Americana o no hayan aceptado la cláusula facultativa de competencia de la Corte Interamericana, se encuentran obligados a realizar los mejores esfuerzos para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana. Esta última consideración se ve reforzada en tanto las personas carecen en tal escenario de acceso al mecanismo jurisdiccional y, por ende, no disponen de otra vía para la protección interamericana de sus derechos humanos.

B.4) El deber de cumplir con los tratados interamericanos de derechos humanos ratificados y no denunciados conforme a sus propios procedimientos permanece vigente

154. A pesar de que cesen los efectos de la Carta para el Estado denunciante o de que éste se haya retirado de la OEA, éste continúa sujeto a la observancia plena de otros instrumentos de derechos humanos ratificados y no denunciados indi-

vidual y autónomamente, que se encuentren vigentes para el Estado en cuestión. Ello toda vez que, si bien en general para la ratificación del tratado se condiciona la calidad de Estado Miembro de la OEA, tal condición no resulta exigible para la continuidad de las obligaciones.

B.5) Las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al ius cogens continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, así como subsiste el deber de cumplir con las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas

155. La Corte afirmó previamente que las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado denunciante de la Convención Americana como fuentes autónomas del derecho internacional general (*supra* párrs. 94 a 97 y 100 a 110). Lo mismo es aplicable a un Estado que haya denunciado la Carta de la OEA y se retire de la organización regional. Es así que las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al *ius cogens* representan el núcleo esencial de derechos humanos que protegen de forma universal la dignidad humana.

156. Adicionalmente, la Corte advierte que el artículo 131 de la Carta de la OEA dispone que: “[n]inguna de las estipulaciones de esta Carta se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas”. Siendo la OEA, una organización regional en el marco del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas, que busca también afianzar la paz y seguridad, los países miembros de la OEA que dejen de pertenecer a esta organización continúan ligados al cumplimiento de las obligaciones que surgen de la Carta de las Naciones Unidas u otros instrumentos internacionales vinculantes de carácter universal.

157. Por tanto, si bien las personas bajo la jurisdicción del Estado denunciante de la Carta de la OEA, quedan desprovistas de la protección complementaria que brinda el sistema interamericano de protección, el cese de los efectos de la Carta de la OEA o el hecho de que el Estado denunciante se haya desligado de la OEA, no suprime su deber de cumplir cualquier obligación en materia de derechos humanos a la que se encuentra sujeto bajo el derecho internacional general.

C. Conclusión en torno a la interpretación de la cláusula “las obligaciones emanadas de la Carta de la OEA” y el alcance de las obligaciones de derechos humanos que subsisten hasta su efectivo cumplimiento

158. El artículo 143 de la Carta de la OEA prevé la posibilidad de que un Estado Miembro de la Organización denuncie su tratado fundacional y, de este modo, cesen los efectos del mismo a futuro para el Estado denunciante. Al respecto, la Corte

recuerda que no es posible denunciar la Carta de la OEA con efectos inmediatos. La referida cláusula dispone de un período de transición de dos años, durante el cual adquiere especial gravitación que el resto de los Estados Miembros de la OEA, como garantes colectivos de su eficacia en lo que se refiere a la observancia de los derechos humanos, puedan expresar de forma oportuna a través de los canales institucionales las observaciones u objeciones que estimen pertinentes ante denuncias que no resistan un escrutinio a la luz del principio democrático y afecten el interés público interamericano, de modo tal que se active la garantía colectiva (*supra* párrs. 73 y 147).

159. Además, de acuerdo a sus propios términos, el Estado denunciante no queda desligado totalmente de sus obligaciones adquiridas de forma previa a que se torne efectiva la denuncia, luego de que se cumplan los dos años. Todo lo contrario, la redacción de la Carta de la OEA expresamente dispone que el Estado denunciante debe dar cumplimiento a las obligaciones emanadas de la misma en materia de derechos humanos.

160. En esta medida, la Corte interpretó que las obligaciones emanadas de la Carta en materia de derechos humanos que deben ser cumplidas por un Estado que denunció la Carta de la OEA abarcan aquellas que surgen de la comisión de un ilícito internacional y que fueron adquiridas a través de los mecanismos y procedimientos de protección internacional de los derechos humanos. Ello incluye tanto el acatamiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*, como la realización de los mejores esfuerzos para el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana.

161. En conclusión, la Corte determina que, cuando un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos denuncia la Carta, se verifican las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones de derechos humanos derivadas de la Carta de la OEA permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Carta de la OEA no surte efectos retroactivos; (3) el deber de cumplir con las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se mantiene hasta su cumplimiento total; (4) el deber de cumplir con los tratados interamericanos de derechos humanos ratificados y no denunciados conforme a sus propios procedimientos permanece vigente; (5) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, así como subsiste el deber de cumplir con las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas.

IV. LA NOCIÓN DE GARANTÍA COLECTIVA SUBYACENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO

162. La tercera pregunta planteada por Colombia se refiere a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los demás Estados Miembros de la OEA respecto de un Estado que denuncia la Convención y se retira de la organización regional, por haber denunciado la Carta de la OEA. La Corte ya se expidió, al responder las preguntas previas, sobre las obligaciones subsistentes, tanto en el marco de la Convención Americana como de la Carta de la OEA, para el Estado denunciante y la necesidad de que los demás Estados Miembros de la OEA no permanezcan impasibles e indiferentes cuando las denuncias se hacen con propósitos y en contextos contrarios al principio de la buena fe.

163. Asimismo, la Corte se refirió a la noción de “garantía colectiva”, la cual se encuentra subyacente en todo el sistema interamericano, en especial cuando la Carta de la OEA hace referencia a la solidaridad y buena vecindad de los Estados en el continente americano. Además, este Tribunal ha recalcado que, de conformidad con el mecanismo de garantía colectiva¹⁹⁵, incumbe a todos los Estados del sistema interamericano cooperar entre sí de buena fe para cumplir con sus obligaciones internacionales, tanto regionales como universales¹⁹⁶.

164. La garantía colectiva se traduce, pues, en una obligación general de protección que tienen tanto los Estados Partes de la Convención como los Estados Miembros de la OEA entre sí, para asegurar la efectividad de dichos instrumentos, que constituye una obligación *erga omnes partes*. En esta medida, la Corte subraya que las normas de derechos humanos, tanto aquellas convencionales como las que se derivan de la Carta de la OEA y la Declaración Americana, reflejan valores comunes e intereses colectivos que se consideran importantes y, por tanto, lo suficientemente dignos de beneficiarse de la aplicación colectiva. En esta medida, la Corte ha afirmado que “el deber de cooperación entre Estados en la promoción y observancia de los derechos humanos, es una norma de carácter *erga omnes*, por cuanto debe ser cumplida por todos los Estados, y de carácter vinculante en el derecho internacional”¹⁹⁷. Además, la Corte observa que, dada la naturaleza de los tratados de derechos humanos, su objeto y fin, así como la relación asimétrica entre el individuo y el Estado, la garantía colectiva también atiende a que las personas bajo la jurisdicción del Estado denunciante no queden desprovistas de un umbral mínimo de protección de sus derechos humanos.

(195) Cfr. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia, supra*, párr. 42; *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia, supra*, párr. 41, y *Opinión Consultiva OC-25/18, supra*, párr. 199.

(196) Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, supra*, párr. 132, y *Opinión Consultiva OC-25/18, supra*, párr. 199.

(197) *Opinión Consultiva OC-25/18, supra*, párr. 199.

165. La especial naturaleza de los tratados de derechos humanos y de los organismos regionales, dentro de cuyos objetivos está promover y afianzar los derechos humanos dentro de un régimen democrático, así como su mecanismo de implementación colectiva, conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objeto y fin, de modo a asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos¹⁹⁸. En consecuencia, los mecanismos de garantía colectiva establecidos bajo la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, vinculan a los Estados de la región a colaborar de buena fe¹⁹⁹.

166. En su jurisprudencia, la Corte ha recogido diversas manifestaciones de los mecanismos de garantía colectiva dispuestos en la propia Convención Americana y que se traducen en disposiciones y mandatos específicos. Así, la Corte ha considerado, como una manifestación de la noción de garantía colectiva, la obligación internacional que tienen los Estados Parte en la Convención Americana bajo el artículo 27.3, de informar inmediatamente a los demás Estados Parte en la Convención, por conducto del Secretario General de la OEA, de las disposiciones de la Convención cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión. Al respecto, afirmó que lo previsto “constituye una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados Parte apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con las disposiciones de la Convención”²⁰⁰.

167. De igual forma, ha resaltado lo dispuesto en el artículo 65 de la Convención, en cuanto a que corresponde a la Corte Interamericana señalar en su informe anual de labores a la Asamblea General de la OEA los casos de incumplimiento, para que en el seno de dicho órgano se asegure el acatamiento de las decisiones emanadas del Tribunal. Es así que la noción de garantía colectiva cumple también un importante rol para la implementación de las decisiones internacionales de órganos de derechos humanos, como la Corte Interamericana²⁰¹. Al respecto, este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las Sentencias de la Corte Interamericana, por cuanto la

(198) Cfr. Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia, *supra*, párr. 105.

(199) Cfr. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, *supra*, párr. 166.

(200) Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, *supra*, párr. 70.

(201) Cfr. Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, considerando 46. Véase, en sentido similar, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta*, 80° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 (2004), párr. 2, y TEDH, *Caso Soering Vs. Reino Unido*, (No. 14038/88), Sentencia de 7 de julio de 1989, párr. 87.

Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes. El interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte. Por tanto, la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una Sentencia emitida por la Corte Interamericana, es precisamente la de proteger el efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado²⁰².

168. La Corte recuerda que, frente a un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una Sentencia emitida por la Corte o de una decisión que ordena medidas provisionales, es deber de la Asamblea General de la OEA, en virtud del artículo 65 de la Convención asegurar el oportuno cumplimiento de las decisiones. Sobre el particular, la Corte estima pertinente que los Estados parte de la Convención, en ejercicio de la garantía colectiva, adopten medidas institucionales de carácter colectivo que sean eficaces, oportunas y expeditas para asegurar el efecto útil de la Convención Americana. En efecto, para la Corte resulta de suma importancia que, en ocasiones en las cuales la Corte Interamericana, en virtud de sus competencias de supervisar el cumplimiento de sus sentencias²⁰³ y de ordenar medidas provisionales, así como de lo dispuesto en el artículo 65 de la Convención Americana, ponga en conocimiento de la Asamblea General de la OEA sobre el incumplimiento de sus decisiones, se establezca un mecanismo o sistema integrado por Estados parte de la Convención para que, de forma suplementaria, impulse la debida observancia y acatamiento de lo ordenado y, especialmente, de las reparaciones dispuestas en beneficio de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

169. En lo que se refiere a las denuncias de la Convención Americana y de la Carta de la OEA, la Corte destacó que los períodos de transición, previstos respectivamente en los artículos 78 y 143 de dichos instrumentos, constituyen salvaguardas contra denuncias abruptas e intempestivas. Dicho período resulta central para la manifestación de cualquier observación u objeción que pudiere corresponder cuando se trate de denuncias que se enmarquen en algunos de los supuestos del párrafo 73, de modo tal que no resistan un escrutinio a la luz del principio democrático, se afecte el interés público interamericano, y debilite el funcionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

(202) *Caso Apitz Barbera Vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, supra*, párr. 47.

(203) *Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párrs. 128 a 137.*

170. En definitiva, la noción de garantía colectiva se proyecta sobre el interés directo de cada Estado Miembro de la OEA y de todos ellos en conjunto²⁰⁴, a través también del actuar de los órganos políticos de la organización, que requiere de la implementación de una serie de mecanismos institucionales y pacíficos que permitan abordar de forma temprana y colectiva posibles denuncias de la Convención Americana y/o de la Carta de la OEA en situaciones en que la estabilidad democrática, la paz y la seguridad pueden verse afectadas y ocasionar violaciones a los derechos humanos.

171. En esta medida, es deseable que, como una primera compuerta mínima de contención a los impulsos gubernamentales de desentenderse de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos, se examine, en el marco del ejercicio de la garantía colectiva, el contexto y las condiciones formales en que se toma la decisión de denuncia a nivel interno y su correspondencia con los procedimientos establecidos a nivel constitucional. No obstante, la Corte advierte que las disposiciones y formalidades de carácter interno no pueden ser utilizadas, tal como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena, so pretexto de erigirse en obstáculos para el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos previamente adquiridas²⁰⁵.

172. Por lo anterior, ese primer nivel de análisis de carácter formal, que actualmente no actuaría como un sistema general de protección, debe ser complementado y reforzado desde el punto de vista de la garantía colectiva con un examen sustantivo del carácter democrático de la decisión de denuncia, en conexión con las condiciones generales y de contexto en que ésta se gesta y adopta. Ello se vincula con la buena fe de la denuncia; es decir, cómo se inscribe dentro de “una concepción propia según la cual los Estados americanos requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”²⁰⁶.

173. Por último, la Corte estima pertinente precisar que, de acuerdo a lo expuesto en cuanto a los efectos y las consecuencias sobre las obligaciones en materia de derechos humanos, la garantía colectiva implica un deber de los Estados de actuar conjuntamente y cooperar para proteger los derechos y libertades que se han comprometido internacionalmente a garantizar a través de su pertenencia a la organización regional y, en particular, (1) exteriorizar de forma oportuna sus observaciones u objeciones ante cualquier denuncia de la Convención Americana y/o de la Carta de la OEA que no resista un escrutinio a la luz del principio democrático y afecte el interés público interamericano (*supra* párrs. 73, 147 y 258); (2) asegurar que el

(204) Cfr. Voto razonado del Juez Candado Trindade respecto al *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párrs. 12 a 14.

(205) Cfr., *mutatis mutandis*, *Caso de las Niñas Yean y Bosico y Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Supervisión de Cumplimiento de Sentencias y Competencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 12 de marzo de 2019, considerando 22.

(206) Opinión Consultiva OC-6/86, *supra*, párr. 30, citando Carta de la OEA, art. 3.d).

Estado denunciante no se considere desligado de la OEA hasta tanto no haya dado cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos adquiridas a través de los diversos mecanismos de protección en el marco de sus respectivas competencias y, en particular, aquellas que se relacionan con el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana hasta la conclusión del procedimiento; (3) cooperar para lograr la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos y así erradicar la impunidad²⁰⁷; (4) otorgar protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo al territorio a potenciales solicitantes de asilo, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera²⁰⁸; y (5) realizar los esfuerzos diplomáticos bilaterales y multilaterales, así como ejercer sus buenos oficios de forma pacífica, para que aquellos Estados que hayan efectivizado su retiro de la OEA vuelvan a incorporarse al sistema regional. Todo ello sin perjuicio de los foros o mecanismos universales o de otra naturaleza que pudieren prosperar.

174. Para finalizar, la Corte Interamericana enfatiza que las consideraciones vertidas en la presente Opinión Consultiva procuran brindar una solución jurídica a las interpretaciones de la Convención Americana, la Carta de la OEA, la Declaración Americana y otros tratados que conciernen a la protección de los derechos humanos en el continente americano, que fueron requeridas en el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana. En esta medida, se realizan bajo el entendimiento de que, en el ejercicio del deber de garantía específica, pueden contribuir de forma pacífica y desde una perspectiva de derechos humanos a la solución de controversias en el marco de los propósitos esenciales de la OEA, que son lograr un orden de paz y de justicia en los Estados americanos, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia, con respeto al principio de no intervención.

VII. OPINIÓN

175. Por las razones expuestas, en interpretación de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, así como otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos,

LA CORTE,

DECIDE

(207) Cfr. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, supra*, párr. 166, y *Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 227.

(208) Cfr. Opinión Consultiva OC-21/14, *supra*, párr. 38.

por seis votos a favor y uno en contra, que:

1. Es competente para emitir la presente Opinión Consultiva, en los términos de los párrafos 12 a 39.

Disiente el Juez E. Raúl Zaffaroni.

por seis votos a favor y uno en contra, que:

2. Cuando un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho acto tiene las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones convencionales permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no surte efectos retroactivos; (3) la vigencia de las obligaciones que surgen de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantiene activa; (4) la denuncia efectiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos; (5) las obligaciones asociadas al umbral de protección mínimo a través de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre perduran bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y (6) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, en los términos de los párrafos 40 a 116.

3. Cuando un Estado Miembro de la Organización de los Estados Americanos denuncia la Carta de la Organización de los Estados Americanos, se verifican las siguientes consecuencias sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: (1) las obligaciones de derechos humanos derivadas de la Carta de la Organización de los Estados Americanos permanecen incólumes durante el período de transición hacia la denuncia efectiva; (2) la denuncia efectiva de la Carta de la Organización de los Estados Americanos no surte efectos retroactivos; (3) el deber de cumplir con las obligaciones derivadas de las decisiones de los órganos de protección de derechos humanos del sistema interamericano se mantiene hasta su cumplimiento total; (4) el deber de cumplir con los tratados interamericanos de derechos humanos ratificados y no denunciados conforme a sus propios procedimientos permanece vigente; (5) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general, así como subsiste el deber de cumplir con las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas, en los términos de los párrafos 117 a 161.

4. La noción de garantía colectiva subyacente a todo el sistema interamericano implica un deber de los Estados de actuar conjuntamente y cooperar para proteger los derechos y libertades que se han comprometido internacionalmente a garantizar a través de su pertenencia a la organización regional y, en particular, (1) exteriorizar de forma oportuna sus observaciones u objeciones ante cualquier denuncia de la Convención Americana y/o de la Carta de la Organización de los Estados Americanos que no resista un escrutinio a la luz del principio democrático y afecte el interés público interamericano; (2) asegurar que el Estado denunciante no se considere desligado de la Organización de los Estados Americanos hasta tanto no haya dado cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos adquiridas a través de los diversos mecanismos de protección en el marco de sus respectivas competencias y, en particular, aquellas que se relacionan con el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derecho Humanos hasta la conclusión del procedimiento; (3) cooperar para lograr la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos y así erradicar la impunidad; (4) otorgar protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados, admitiendo al territorio a potenciales solicitante de asilo, garantizando el derecho a buscar y recibir asilo y el respeto del principio de no devolución, entre otros derechos, hasta lograr una solución duradera; y (5) realizar los esfuerzos diplomáticos bilaterales y multilaterales, así como ejercer sus buenos oficios de forma pacífica, para que aquellos Estados que hayan efectivizado su retiro de la Organización de los Estados Americanos vuelvan a incorporarse al sistema regional, en los términos de los párrafos 162 a 174.

5. El Estado denunciante de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, que se haya desligado de la misma, continuará obligado a respetar el núcleo esencial de derechos humanos representado en las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho internacional y las pertenecientes al *ius cogens*, como fuentes autónomas del derecho internacional general que protegen de forma universal la dignidad humana, así como las obligaciones que se derivan de la Carta de las Naciones Unidas, en los términos de los párrafos 155 a 157.

6. Esta Opinión Consultiva se emite bajo el entendimiento de que, en el ejercicio del deber de garantía específica, puede contribuir de forma pacífica y desde una perspectiva de derechos humanos a la solución de controversias en el marco de los propósitos esenciales de la Organización de los Estados Americanos, que son lograr un orden de paz y de justicia en los Estados americanos, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia, con respeto al principio de no intervención, en los términos del párrafo 174.

Disiente el Juez E. Raúl Zaffaroni. El Juez L. Patricio Pazmiño Freire dio a conocer a la Corte su voto individual a favor y parcialmente disidente. El Juez E. Raúl Zaffaroni dio a conocer a la Corte su voto individual disidente.

Redactada en español en San José, Costa Rica, el 9 de noviembre de 2020.

VOTO A FAVOR Y PARCIALMENTE DISIDENTE DEL JUEZ L. PATRICIO PAZMIÑO FREIRE

OPINIÓN CONSULTIVA OC-26/20 DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2020

SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

LA DENUNCIA DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS Y SUS EFECTOS SOBRE LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

(Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos)

Este voto a favor con disidencias parciales tiene como objeto presentar los argumentos por los cuales, estando de acuerdo con lo resuelto por la mayoría en la Opinión Consultiva, disiento con respecto a cuatro puntos. En primer lugar, considero que la Corte IDH perdió una oportunidad importante para pronunciarse sobre los contenidos del principio democrático y el denominado interés público interamericano. En segundo lugar, no considero como jurídicamente suficiente y adecuada la forma cómo ha planteado la mayoría de mis colegas el procedimiento para brindar “observaciones u objeciones” por parte de los Estados. En tercer lugar, difiero de la comprensión que desarrolla la mayoría del concepto de “Garantía Colectiva” y establezco las razones por las cuales considero que es necesario fortalecer este concepto, pero desde la perspectiva del cumplimiento efectivo (*effet utile*) de las decisiones del Tribunal. En cuarto lugar, en cuanto ocurra la denuncia a un tratado interamericano considero la posibilidad de un mecanismo específico de evaluación y revisión judicial a través de la activación de la función que tiene la Corte IDH para la verificación del cumplimiento de sentencias para que, a través de una resolución debidamente sustentada y fundamentada, la Corte Interamericana emita un dictamen previo que se constituya en el soporte técnico especializado que evalúe el nivel de cumplimiento de los estándares de derechos humanos, respecto del estado denunciante, y de esta manera contribuir con elementos objetivos, verificables y contrastables para conocimiento e información del órgano político del sistema.

1) La oportunidad de enriquecer los contenidos sobre el principio democrático y la noción de interés público interamericano

1. Antes de entrar a las consideraciones sustantivas me gustaría referirme brevemente respecto de la importancia que considero tienen las Opiniones Consultivas en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y en la construcción progresiva y consistente del *corpus iuris* interamericano. Durante mi mandato como juez he tenido la oportunidad de participar de Opiniones Consultivas de innegable importancia, a saber, la Opinión Consultiva 23 “Medio Ambiente y Derechos Humanos”, que permitió transformar la concepción que tenemos respecto de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, amparando los derechos ambientales desde una perspectiva autónoma, interdependiente, indivisible y conglobada con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Por otro lado, la Opinión Consultiva 24 “Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo”, que significó un paso firme y decisivo de este Tribunal Internacional para proteger los derechos de personas que históricamente habían sido discriminadas, estableciendo los criterios necesarios que demandan una transformación estructural en el ámbito del derecho, las políticas públicas y el diseño institucional para permitir una igualdad sustantiva y superar de manera efectiva la discriminación. No menos importante es la Opinión Consultiva 25/2018, respecto del aporte a la comprensión, garantía y protección de los derechos de las personas en estado de Asilo y movilidad o migración, con el desarrollo del principio de no devolución y la protección extra territorial. Dictámenes que en mi opinión ratifican que la función consultiva constituye “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” sobre derechos humanos²⁰⁹. Hago énfasis en estas Opiniones Consultivas porque al revisar las preguntas planteadas en la presente OC, al menos a primera vista o, aparentemente, diferirían de las anteriores puesto que nos encontraríamos, antes que, frente a una necesidad de desarrollo o esclarecimiento doctrinario o conceptual, ante una pretensión que busca dirimir aspectos no necesariamente sustanciales más sí de cuestión procesal. Con esta apreciación de ninguna manera subestimo la necesidad de tratar asuntos de todo orden, sea de forma o de fondo, más, sin embargo, el esfuerzo institucional que implica sustanciar este tipo de peticiones, que se lo puede solventar vía la aplicación de una hermenéutica positiva de subsunción literal con la letra de la Convención Americana, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y los principios generales del derecho internacional, dada esta particularidad, creo que era posible, aprovechando la ocasión, enriquecer y profundizar el alcance de ciertos aspectos, más allá de lo “procedimental”, para superar vacíos o imprecisiones que nos acerquen a un verdadero efecto útil en la protección y ejercicio de los derechos,

(209) Cfr. Opinión Consultiva OC-1/82, párr. 39; Opinión Consultiva OC-19/05, párr. 18; Opinión Consultiva OC- 21/14, párr. 28, y Opinión Consultiva OC-22/16, párr. 23.

así como en el fortalecimiento de la operatividad e institucionalidad del sistema. Vale decir, si bien en la presente Opinión Consultiva, no se plantea la necesidad de dotar de sentido y contenido a derechos sustantivos de la Convención Americana, como claramente lo percibimos en las otras opiniones consultivas mencionadas, debemos valorar esta oportunidad para determinar ciertos aspectos relacionados con la efectividad y eficacia de la protección de los derechos humanos en la región. Considero útil la presente OC para ratificar o esclarecer el procedimiento específico de denuncia, tanto de la Convención como de la Carta de la OEA, y los efectos y responsabilidades que de ello devienen, a futuro, sin embargo, es menester aprovechar este escenario para profundizar en los aspectos relacionados con la eficacia de las decisiones de la Corte IDH vinculados a lo que comprendo como el contenido y alcance de la noción de garantía colectiva. En reiteradas ocasiones he manifestado públicamente que "es convicción personal de vida judicial y formación académica, que los derechos humanos se concretan, garantizan y materializan en el ámbito de realidades concretas, en contextos sociales, políticos, jurídicos, económicos y culturales específicos"²¹⁰, por lo tanto, como jueces y juezas es preciso profundizar y dotar de contenidos jurídicos al principio democrático y al interés público interamericano.

2. En cuanto al principio democrático, la Corte Interamericana perdió la oportunidad, al igual que en otras ocasiones como en la Sentencia del *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*, donde también hice saber mi disidencia parcial²¹¹, respecto a la necesidad de dotar de sentido y alcance a este principio. Sin ánimo de agotar en estas líneas esta tarea que, además de ser necesaria y urgente, estimo debe ser abordada por la Corte en su conjunto. Quisiera reflexionar un poco sobre el avance de la noción del principio democrático en América Latina. Mis aportes buscan continuar con una discusión que espero pueda contribuir a fortalecer los sistemas democráticos de centro y sur américa desde una visión propia que se enriquezca de la diversidad de nuestros pueblos, sus culturas, historia y sueños, reconociendo nuestras limitaciones, logros y desafíos.

3. En su jurisprudencia constante, la Corte ha afirmado que "la democracia representativa es uno de los pilares de todo el sistema del que la Convención forma parte"²¹². Por su parte, la propia Carta Democrática Interamericana ha plasmado la relación entre los derechos humanos y la democracia representativa²¹³. En el mismo sentido, en la presente Opinión Consultiva afirmamos que:

(210) Voto disidente del Juez L. Patricio Pazmiño a la Resolución de 29 de mayo de 2018 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párr. 4.

(211) Voto parcialmente disidente, Juez Patricio Pazmiño Freire a la Sentencia de 8 de julio de 2020 en el *Caso Petro Urrego Vs. Colombia*.

(212) *Cfr.* Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 34.

(213) *Cfr.* Organización de los Estados Americanos. Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Periodo de Sesiones, artículos 3 y 4. El Comité Jurídico Interamericano ha sostenido que "la Carta Democrática Interamericana fue concebida como una herramienta para

“El ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye, entonces, una obligación jurídica internacional y éstos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva”²¹⁴.

4. Si bien coincido plenamente en esta afirmación, considero que el Sistema Interamericano ha ido precisando y afinando el concepto de la democracia reforzando el sentido evolutivo de los derechos que integran dicho concepto y que, como hemos señalado, son interdependientes del mismo. En este sentido, la propia Carta Democrática Interamericana establece que “[l]a democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”²¹⁵. Por su parte, desde la Corte Interamericana hemos venido dotando de contenido a los derechos políticos del artículo 23 de la Convención Americana. Resulta especialmente relevante que el primer caso resuelto por la Corte Interamericana sobre una violación a dicho artículo 23 sea uno relativo a los derechos políticos de una agrupación política indígena. En el *Caso Yatama Vs. Nicaragua* la Corte dio un paso histórico al considerar que el acceso a los derechos a la participación política debía asegurarse por el Estado en un plano de igualdad²¹⁶. Es mi opinión que, en dicho caso, para el Tribunal el examen de democracia no se agotaba únicamente en la posibilidad de inscribir partidos políticos de manera oficial, sino que su fortalecimiento exige avanzar con varios pasos de consolidación institucional, siendo uno de ellos el de asegurar el acceso y la participación efectiva sin discriminación.

5. En nuestra región, donde existe pluralidad de sistemas jurídicos y políticos de raigambre y tradición, culturalmente diversos, la democracia representativa, en su concepción más acotada, resulta insuficiente para agotar las exigencias del principio democrático. En esta misma línea, hace ya varios años, eventualmente luego de la fase nefasta de la época dictatorial, a partir de los años ochenta, se viene desarrollando en América Latina un constitucionalismo que busca no sólo reconocer los derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas y tribales o de los colectivos de diversidad sexual, sino su plena participación en los asuntos públicos²¹⁷. Por ello considero que la Corte Interamericana debe ampliar el concepto de democracia para incluir tanto la democracia representativa como participativa. En esta medida el principio democrático no sólo se agota en la representación formal, sino que requiere

actualizar, interpretar y aplicar la Carta fundamental de la OEA en materia de democracia representativa, y representa un desarrollo progresivo del Derecho Internacional”. CJI/RES. 159 (LXXV-O/09).

(214) Cfr. Opinión Consultiva OC-26/20, párr. 72.

(215) Carta Democrática Interamericana, artículo 2.

(216) Cfr. *Caso Yatama í/s. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

(217) Cfr. Pazmiño, Patricio. *Descifrando Caminos. Del Activismo Social a la Justicia Constitucional*. Flacso, 2010.

incorporar el concepto de “democracia participativa”. Es decir, se orienta a que la “reformulación constitucional [e internacional, incorpore,] introduzca y desarrolle “ las instituciones más avanzadas [, tales como,] la consulta popular a nivel local o nacional, las elecciones primarias para selección de candidatos, el plebiscito, el referéndum, la revocatoria del mandato de dignidades de elección popular”²¹⁸, así como la creación innovadora de nuevas funciones del poder público, como la función electoral, la creación de mecanismos constitucionales de participación ciudadana en la gestión, control y escrutinio del poder público, así como la emergencia de procesos de reformulación constitucional a partir de las asambleas constituyentes. Es en esta medida que nuestro Tribunal tenía la oportunidad de robustecer y desarrollar en la Opinión Consultiva, la institución de la democracia representativa y participativa, en tanto componentes coadyuvantes y constitutivos del sistema democrático regional y, por ende, parte sustantiva del orden público interamericano.

6. Por lo señalado, sobre el principio democrático y el orden público interamericano, considero que ambos conceptos son de vital importancia en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la Corte Interamericana dejó pasar la oportunidad histórica para determinar y enriquecer, con base en la Convención Americana, la Carta de la OEA, la Carta Democrática Interamericana y otros instrumentos internacionales, el alcance y contenido de estos dos relevantes conceptos para la democracia y el estado republicano.

7. En definitiva, lamento que mis colegas no se hayan decantado por examinar con mayor detenimiento estos dos elementos cuando es la Corte Interamericana, como máxima intérprete de la Convención, la llamada a establecer los criterios específicos que hagan falta para justamente evitar arbitrariedades en las aproximaciones que pudieran tener los Estados. Especialmente, si tenemos en cuenta que en la opinión de la mayoría se señala que son los Estados quienes tienen que “exteriorizar [sus] observaciones u objeciones” con base en estas dos instituciones: el principio democrático y el interés público interamericano; figuras que al no estar más explícitas en sus contenidos y, al menos, puntualizados algunos de sus elementos constitutivos más relevantes, dejan un nebuloso, indeterminado y amplio margen para su apreciación, entendimiento y utilización.

2) Respeto del procedimiento para brindar “observaciones u objeciones” por parte de los Estados

8. A criterio de la mayoría, en cuanto se realice una denuncia a la Convención, el resto de los Estados Parte “como garantes colectivos de su eficacia”, están llamados a que “exterioricen las observaciones u objeciones que estimen pertinentes ante denuncias que no resistan un escrutinio a la luz del principio democrático

(218) Pazmiño, Patricio. *Descifrando Caminos. Del Activismo Social a la Justicia Constitucional*. Flacso, 2010, p. 50.

y afecten el interés público interamericano”²¹⁹. En efecto, los Estados Parte de la Convención Americana, a través de la noción de garantía colectiva tienen ciertos deberes respecto de unos con otros y son sustanciales para la efectividad del tratado. Sin embargo, este concepto es primordial para lograr la eficacia de las decisiones de los órganos de protección de los derechos humanos, más, en ninguna parte de su estructura conceptual, éste habilita la posibilidad de interferir en los asuntos de orden interno de otros Estados, ni de manera individual, peor de manera colectiva. En mi opinión, como está aprobado por la mayoría, el concepto de garantía colectiva supone que una vez presentada la denuncia a un instrumento internacional, sin que medie una previa, sólida y fundamentada revisión jurídica, tanto de las formalidades procedimentales normativas, como de las razones jurídicas de fondo que conlleva la denuncia a un tratado, y, adicionalmente, si, conforme lo señalado *supra*, al no conocerse el contenido, alcance y estándares que conforman el principio democrático y el interés público interamericano; se estaría otorgando a los Estados parte una habilitación abierta e indiscriminada al quedar legitimados para hacer consideraciones de orden interno respecto del Estado que denuncia. Este escenario resulta altamente complejo y perturbador, en tanto, invariablemente, esta intervención o participación “colectiva”, conduciría a la politización de un hecho que *prima facie* constituye una decisión soberana de un Estado, máxime si esta facultad está prevista en el ordenamiento internacional vigente.

9. Continuando con la reflexión, es necesario cuestionarse de qué manera se realizaría la “exteriorización” de las “observaciones u objeciones”. Es decir, ¿cuál sería el mecanismo que deben utilizar los Estados para manifestarse y a qué órgano deben ser dirigidas? ¿Sería a través de notas diplomáticas dirigidas al Estado concernido, al Secretario General de la OEA, al resto de los Estados, a la comunidad internacional?, ¿serían notas públicas o confidenciales? ¿Se utilizaría algún mecanismo ya existente, ya sea el Consejo Permanente o la Asamblea General? Estos interrogantes nos llevan a la cuestión sobre la naturaleza de dichas objeciones.

10. No se desprende de la decisión de la mayoría cuál es la naturaleza de las “observaciones u objeciones” planteadas por los Estados. Es decir, la Corte no entra a determinar si el análisis de las “observaciones u objeciones” por parte de los Estados sería de naturaleza jurídica o política. Ambos elementos a los cuales vincula la Corte estas objeciones, es decir, el principio democrático y el interés público interamericano, son categorías eminentemente jurídicas, por tanto, cualquier aproximación sin la rigurosidad jurídica suficiente podría llevar a su instrumentalización o desnaturalización, generando un efecto contrario al que, sin lugar a dudas, buscaron la mayoría de mis colegas.

11. En definitiva, considero que la Corte podría precisar ambas categorías con criterios determinados, configurando el contenido y el continente de las mismas.

(219) Opinión Consultiva OC-26/20, párr. 71.

En todo caso, debe ser un órgano jurídico, no uno político, ni tampoco los propios Estados actuando políticamente quienes determinen o configuren este tipo de objeciones.

12. Estimo que el deber de garantes colectivos de los Estados y, por tanto, el de presentar observaciones en el foro político (Asamblea General) es esencial. Sin embargo, este deber se encuentra acotado a manifestarse respecto del cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, tal como señala el artículo 65 de la Convención Americana. Como detallaré (*infra* párrs. 14 a 17), soy de la opinión que esta obligación tan importante debe ser desarrollada a profundidad y con mayor rigurosidad en la etapa de supervisión de cumplimiento y en la presentación del informe anual ante el Pleno de la OEA. La Asamblea General es el foro político por excelencia. Dicho legítimo rol político no puede desnaturalizarse bajo apariencia de juridicidad, ni debe ser instrumentalizado a través de ambiguas categorías legales con el fin de calificar situaciones o conductas internas de otros Estados. Las funciones para determinar y calificar jurídicamente los actos o las omisiones de los Estados le corresponden a la Corte Interamericana, que es la única que puede determinar responsabilidad internacional de los Estados, luego de un proceso estrictamente jurídico.

13. Sostengo que, al vincular el concepto de garantía colectiva al principio democrático y al interés público interamericano para que los Estados determinen si otro Estado realizó o no legítimamente la denuncia del tratado, se está dotando de apariencia de legalidad a un acto político. Las objeciones u observaciones en el seno de la Asamblea General o el Consejo Permanente de la OEA son importantísimas actuaciones políticas que se expresan en ese foro de deliberación democrática regional y deben conservar esa jerarquía, pero absteniéndose de asignarle efectos jurídicos más allá de aquellos que están delimitados por sus propias competencias. Solo así es que debemos apostar por vigorizar el concepto de garantía colectiva.

3) Una noción eficaz de garantía colectiva

14. En cuanto al concepto de garantía colectiva, estoy de acuerdo con la importancia, vigencia y necesidad de fortalecimiento de este concepto, siempre y cuando esté relacionado con el aseguramiento y consecución del efecto útil de las Sentencias de la Corte en los términos del artículo 65. La manera como está formulada la opinión de la mayoría, termina relativizando el concepto, vaciándolo de su contenido esencial que es la efectividad de las decisiones de la Corte Interamericana, al entregarlo a la discrecionalidad de los Estados parte, en los términos señalados con anterioridad.

15. La potestad de analizar sustantivamente la denuncia debería ser de la Corte Interamericana y no de la Asamblea General. La Corte sí tiene la posibilidad de revisar los actos políticos y desentrañar sus contenidos jurídicos. No sería recomendable permitir lo contrario. Es decir, dada la alta y extrema volatilidad, así como radicalización del conflicto político en nuestros países, y que en estas épocas

ha sido evidente que ha permeado el debate y decisiones políticas al interior de estos órganos de la OEA, deberíamos contribuir a racionalizar, desde la dimensión normativa, la solución de estos conflictos. Es por esta razón que estimo que no es conveniente otorgar a un órgano político, esto es, al más importante foro político de las Américas, como es la Asamblea General, la potestad de emitir análisis jurídicos de esta naturaleza, otorgándole apariencia de juridicidad a actos políticos. Ello atenta contra la competencia de la propia Corte IDH y su carácter de intérprete última de la Convención Americana. En este sentido, estoy en desacuerdo con desarrollar la noción de garantía colectiva como un mecanismo de contención a usarse por la Asamblea General sin supervisión ni control judicial convencional por parte de la propia Corte IDH.

16. Como señalaba el ex Presidente de la Corte IDH, Juez Augusto Cangado Trindade, es en el artículo 65 donde se encuentra “la mayor importancia, de la vinculación al ejercicio de la garantía colectiva por todos los Estados Partes en la Convención Americana”²²⁰. Es por ello que la noción de garantía juega un rol esencial en la institucionalidad, legitimidad y eficacia de la Corte Interamericana. El ex Presidente de la Corte buscaba que sea la propia Asamblea General la que establezca mecanismos, subcomisiones, procedimientos y protocolos para que de manera articulada con la supervisión de cumplimiento de la Corte den seguimiento a las reparaciones establecidas en las Sentencias.

17. Siguiendo esta línea de pensamiento sobre la necesidad de establecer procedimientos concretos en el seno del órgano político que verifica el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, y que justamente sea, entre sus pares, los representantes de los Estados Partes, que mutuamente se auto contengan y colectivamente se auto exijan, donde puede ser de utilidad reflexionar seriamente sobre los logros y esfuerzos que demandó al Sistema Europeo de Derechos Humanos, la aprobación y puesta en marcha del Comité de Ministros del Consejo de Europa; órgano político por antonomasia, similar a la Asamblea General de la OEA, que desde el ámbito político discute, analiza, coordina y resuelve acciones, decisiones e incluso presupuesta financieramente para asegurar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así lo han hecho, por ejemplo, a la hora de aprobar protocolos para financiar las reparaciones que deben incorporar obligatoriamente los Estados en sus presupuestos. Reflejándonos en este espejo, por ejemplo, la Corte podría presentar anualmente, como parte del informe sujeto al artículo 65 inciso segundo de la Convención, un núcleo duro de obligaciones pendientes de cumplimiento, ordenadas por la prelación, en razón del tiempo del caso en verificación y, por la gravedad de las violaciones sancionadas, para que los

(220) Antonio Augusto CANDADO TRINDADE y Manuel E. VENTURA ROBLES. El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, San Jose, 2003. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/futuro-corteidh.pdf>

representantes de los estados en el foro político, ejerzan una verdadera “garantía colectiva” y comprometan esfuerzos, incluso recursos, en el ánimo de acercar a las víctimas al efecto útil de las sentencias interamericanas. Aquí puede aplicar el aforismo: “si funciona porque no imitar?” En el ámbito del Comité de Ministros, conforme su Reglamento, se permite la participación no sólo de las víctimas o “parte lesionada”, sino también de ONG, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones intergubernamentales²²¹. Si bien la Corte Interamericana, desde hace ya algunos años, también en aplicación del artículo 69 de su Reglamento, permite la participación como *amicus curiae* de la sociedad civil y otras instituciones, en el marco del procedimiento interno de supervisión de cumplimiento ante la Corte Interamericana, también se debería ampliar su participación en la Asamblea General, en esa calidad, una vez que se determina la aplicación del artículo 65 de la Convención.

4) El mecanismo judicial de contención a través de una Opinión Consultiva

18. Conforme al principio de *Kompetenz-Kompetenz*, es la Corte Interamericana la única que posee la llave maestra que le permite destrabar el candado de su propia competencia. Es por ello que en ésta recae la posibilidad de delimitar el alcance de la contención en el marco de la garantía colectiva. En ésta medida esta Opinión Consultiva puede ser una oportunidad muy importante para fortalecer, por un lado, su competencia, mientras, por el otro, revitaliza la función consultiva del Tribunal. En esta perspectiva mi propuesta es que se incluya dentro del proceso de trámite de la denuncia que presenta un Estado, una petición de Opinión Consultiva, que bien la puede solicitar el Secretario General de la OEA, requiriendo a la Corte, con las preguntas jurídicas pertinentes, un análisis sobre la compatibilidad de la denuncia con relación al instrumento del cual el estado se retira, asegurando una revisión de legalidad, procedibilidad y convencionalidad, y, que complementariamente, la Corte presente una evaluación objetiva respecto del estado de cumplimiento de las sentencias, por parte del renunciante, a partir de activar los mecanismos, información y procesos de su instancia interna de verificación. En esta medida, conforme el artículo 78 de la Convención, cuando el Secretario General de la OEA reciba el instrumento de la denuncia y deba notificar a los Estados Parte, éste también debería solicitar, conforme las competencias otorgadas por la propia Convención Americana, que la Corte IDH se pronuncie a través de una Opinión Consultiva. Al resolver dicha consulta la Corte IDH, en completo uso de sus facultades, podrá determinar si se han cumplido o no con los criterios formales y sustantivos que posibiliten y justifiquen bajo derecho, la viabilidad de la denuncia.

(221) Artículo 9.2 del Reglamento del Comité de Ministros sobre la supervisión de la ejecución de sentencias y los términos de los arreglos amistosos. Adoptado por el Comité de Ministros el 10 de mayo de 2006 en la 964a reunión de los Delegados de los Ministros y modificado el 18 de enero de 2017 en la 1275a reunión de los Ministros Adjuntos. Disponible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?QbiectId=09000016806dd2a5

19. En esa eventualidad la Corte, bajo la modalidad de una Opinión Consultiva, respondería a interrogantes relacionados con los contenidos o estándares para identificar la noción de democracia representativa, participativa, el principio democrático, el orden público interamericano, y otros, así como también evaluaría y determinaría la correspondencia de la normativa nacional referida al caso con el derecho internacional de los derechos humanos, evaluaría la posibilidad o realización del paralelismo jurídico, la compatibilidad con la Convención o el instrumento internacional denunciado, así como se pronunciaría sobre el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, a partir del análisis del nivel de cumplimiento de las sentencias del referido Estado o de los compromisos de solución amistosa adquiridos dentro del sistema.

20. Este mecanismo propuesto se transformaría en un legítimo y efectivo sistema judicial de contención, ajeno a los avatares de las tan cambiantes coyunturas políticas en la región, y se enfocaría al escrutinio normativo minucioso frente a eventuales decisiones que, vía denuncia de los instrumentos internacionales, pretendan evadir sus responsabilidades internacionales en materia exclusiva de derechos humanos.

21. En conclusión y, respetuosamente, en esta parte final dejo constancia de los aspectos en disidencia con los cuales me alejo de la reflexión y decisión mayoritaria. Este voto busca dotar de alcance, contenido y delimitación jurídica al concepto de garantía colectiva, también se compromete con el fortalecimiento de las funciones de la propia Corte Interamericana en materia de supervisión de sus decisiones y es abiertamente comprometido con el fortalecimiento de su función consultiva. Abogo por privilegiar el mecanismo judicial de contención al sustanciarse una denuncia de un instrumento interamericano, por estar convencido que así se contribuirá a lograr eficacia de las sentencias de este Tribunal y una mayor y más efectiva protección y reparación a favor de las víctimas de violaciones a los derechos humanos en los estados de la región.

L. Patricio Pazmiño Freire
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

**VOTO DISIDENTE DEL JUEZ E. RAÚL ZAFFARONI
RESPECTO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-26/20
DE 9 DE NOVIEMBRE DE 2020
SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COLOMBIA**

LA DENUNCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DE LA CARTA DE LA ORGANIZACION DE

LOS ESTADOS AMERICANOS Y SUS EFECTOS SOBRE LAS OBLIGACIONES ESTATALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

(Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos)

1- En las intervenciones que tuvieron lugar en el curso de la audiencia pública correspondiente al trámite de la presente Opinión Consultiva, se reiteraron las directas referencias al caso concreto que plantea la desvinculación de la República Bolivariana de Venezuela del sistema interamericano y de la propia organización continental.

Si bien es verdad que la respuesta a la presente Opinión Consultiva tendría validez respecto de cualquier otra situación análoga, lo cierto es que las similares que se han presentado son ahora prácticamente históricas y de momento no existe otra de esas características, relevancia y gravedad en la política internacional continental.

Tampoco el Estado solicitante ni ningún otro manifiesta su intención de desvincularse del sistema, o sea, de dar lugar a una situación semejante.

2- Esta Corte ha reafirmado en reiteradas ocasiones que su competencia consultiva no debe estar referida a un caso concreto, puesto que, de otro modo, se desvirtuaría la naturaleza propia de su función consultiva, para abrir una vía alternativa al procedimiento contencioso. A lo largo de su jurisprudencia, la Corte, con la debida prudencia, se cuidó de evitar este resultado.

Pero también es verdad que toda consulta responde a un determinado interés, puesto que no se concibe que un Estado o un órgano consulte a la Corte sin razón alguna o por mera curiosidad. Por consiguiente, para determinar su procedencia convencional conforme a lo dispuesto por el artículo 64, es menester determinar cuál debe ser el interés en promover cualquier consulta (motivo) y la finalidad que se persiga con las respuestas (objetivo), para que ésta resulte jurídicamente viable.

La correcta interpretación de toda norma jurídica exige no detenerse en su mero análisis exegético o literal, sino avanzar hasta desentrañar su *ratio legis*, que es lo que en definitiva confiere racionalidad al derecho, condición de la que no puede estar huérfana ninguna normativa y, menos aún, la internacional referida a los Derechos Humanos.

La norma de la Convención Americana que interesa en forma prioritaria a este efecto es su artículo 64. Interpretadas sus dos fracciones en forma coherente, queda claro que permite habilitar la competencia consultiva de la Corte cuando cualquier

Estado u órgano del sistema impetresu opinión acerca del entendimiento del texto legal, antes de tomar alguna decisión, legislativa o de otro orden, o de mantener las regulaciones o la situación de hecho hasta ese momento vigente, de modificarla o de emprender alguna acción nueva, a efectos de no incurrir en una contradicción antijurídica o de hacer cesar en la que estuviese incurriendo o pudiese eventualmente incurrir.

Sintéticamente dicho: el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte debe tener por objeto prevenir violaciones a la Convención Americana, o sea, evitar violaciones y eventuales casos contenciosos que se podrían derivar de ellas.

3- A esta conclusión se llega dado que la interpretación racional del artículo 64 no permite desligar sus dos fracciones, entendiendoque su fracción 2ª (“La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”) no es más que una precisión particular o norma especial respecto de la ia y, como tal, ratifica que todo el artículo tiene por objeto habilitar la competencia consultiva para prevenir posibles violaciones a la Convención Americana.

Otra interpretación no es viable, puesto que, de no considerarse a la fracción 2a como una norma especial respecto de la ia (limitada a precisar el alcance de ésta para un supuesto particular, se desvincularían las dos fracciones y, por ende), la primera no se hallaría limitada por un común objetivo preventivo, que sólo regiría para la fracción 2a.

Esta interpretación provocaría la orfandad de todo criterio orientador y de racional acotamiento del ejercicio de la competencia consultiva previsto en la fracción ia, o sea que la Corte podría asumir su competencia consultiva con total arbitrariedad, decidiendo en cada caso conforme a motivos y finalidades diversas, no precisadas e imprevisibles. Esta consecuencia resulta inadmisibles, puesto que es regla general de todo el derecho la racionalidad y, por ende, ninguna norma debe entenderse como habilitante de la libre arbitrariedad de ninguna autoridad y menos de un tribunal.

4- Por ende, si bien corresponde entender que la Corte puede asumir la función consultiva prevista en la fracción ia del artículo 64 con cierto grado de flexibilidad en la admisión (en especial en cuanto a los instrumentos internacionales susceptibles de ser materia de consulta), este relativo ámbito de apreciación deberá reconocer siempre el acotamiento impuesto por la necesidad de no desvirtuar el general objetivo preventivo, o sea, que en su ejercicio no debe esta Corte apartarse de la *ratio legis* normativa. En este sentido, le es dado al tribunal formular una interpretación extensiva de la competencia consultiva conforme a la fracción ia del artículo 64, pero no integrar analógicamente esa habilitación con supuestos que no persigan un objetivo preventivo.

Conforme a este entendimiento, resulta claro que, en el presente caso, la razonable flexibilidad que permiten los términos de la facción ia del artículo 64 fue el criterio con que se decidió la admisibilidad y el trámite.

Pero de las precisiones expresa y detalladamente puestas de manifiesto en forma harto reiterada en el curso de la audiencia pública, resulta incuestionable que se solicitan a la Corte respuestas directa y únicamente referidas a la situación planteada por la República Bolivariana de Venezuela al desvincularse del sistema.

5- De esta circunstancia, que emerge con claridad de lo manifestado en la audiencia, nada indica que la presente consulta se dirija a evitar o prevenir violaciones a la Convención Americana por parte del Estado que la formula ni de cualquier otro, puesto que es claro que el solicitante no manifiesta su voluntad de desvincularse del sistema, como tampoco hay en este momento ningún otro Estado que haya manifestado esa voluntad y, más aún, ni siquiera hay noticias de que otro Estado esté en disposición de hacerlo, en tanto que las anteriores situaciones análogas, en la actualidad revisten carácter anecdótico.

Por otra parte, cualquier eventual o posible conducta futura del Estado de Venezuela que llegase a ser internacionalmente antijurídica, tampoco sería susceptible de prevenirse ni evitarse en función de las respuestas que esta Corte proporcione a la presente consulta, toda vez que el Estado que la formula, por sí mismo, no puede adoptar ninguna medida a este respecto, salvo las que emergen de la garantía colectiva y cuya naturaleza es eminentemente política y, por ende, su cumplimiento o incumplimiento es ajeno a la jurisdicción de la Corte.

En definitiva, esta Corte -en los casos en que le quepa competencia- ejercerá su jurisdicción, del mismo modo en que lo está haciendo en varios casos planteados contra ese Estado en el presente, sin que la respuesta a esta consulta pueda tener ninguna incidencia preventiva diferente.

En conclusión: dado que en el curso de la audiencia pública ha quedado claro que esta Opinión Consultiva no responde a un objetivo preventivo de infracciones convencionales, considero que no es procedente que esta Corte se pronuncie, como nunca lo ha hecho en referencia a casos concretos y sin ese objetivo.

6- Con independencia de la señalada improcedencia de la consulta -y no sólo a título de mayor abundamiento- se hace imprescindible señalar también de modo especial, la inconveniencia de un pronunciamiento del tribunal, derivada del contexto del caso al que se refieren específicamente las preguntas que se formulan a la Corte.

Para ponderar el contexto de este caso es menester destacar sus muy particulares circunstancias y extrema gravedad, puestas de manifiesto por las siguientes características del conflicto, todas ellas de público y notorio: (a) Es conocida la diversidad de opiniones en torno a la situación del Estado de Venezuela, difundidas casi a diario por todos los medios y agencias de comunicación, que dan lugar a diferentes posiciones de los Estados de la región, abiertamente en pugna. (b) El

marco de poder e incluso la virulencia de las manifestaciones encontradas respecto del caso, emanadas muchas de ellas no sólo de altos responsables políticos, sino también de diplomáticos y funcionarios internacionales de primera línea, ponen de manifiesto la alta intensidad del conflicto. (c) De sumar a lo anterior la calidad de los poderosísimos intereses en colisión, resulta incuestionable que el caso al que hacen directa referencia las preguntas que se formulan a la Corte es, en este momento, el conflicto internacional continental más grave y controvertido en la región.

De lo expuesto, corresponde concluir que, mediante esta Opinión Consultiva, se invita a esta Corte, bajo la apariencia de interrogantes abstractos y carentes de objetivo preventivo, a pronunciarse en una materia inescindible del conflicto político internacional de mayor volumen y gravedad en el presente momento regional.

7- Las preguntas que se formulan en la consulta reclaman a esta Corte - como no podría ser de otro modo- una respuesta en términos jurídicos y, por cierto, la provista por su mayoría reviste un alto e incuestionable nivel no sólo de técnica jurídica sino también de elevada prudencia, que merece el mayor respeto.

Pero lo jurídico siempre es político, aunque la inversa no sea correcta, puesto que no todo lo político es jurídico, como se verá más adelante.

Lo jurídico es político en el obvio sentido de su inevitable incidencia (real o potencial) en el poder, puesto que toda decisión jurisdiccional, en el nivel que fuese (desde el municipal hasta el internacional), siempre consiste en un acto de poder inherente a la conducción o gobierno de una *polis*.

Pero además de esta obviedad, lo jurídico también es político en otro sentido, que también requiere especial atención: lo es, dado que, la experiencia verifica que todo discurso jurídico siempre habrá de ser leído en clave política por los involucrados en cualquier conflicto. Es imposible ignorar que cuanta oportunidad se les ofrezca a quienes se hallan involucrados en una confrontación, habrá de ser aprovechada por éstos para apoderarse y esgrimir todo discurso jurídico que consideren como argumento funcional a sus intereses.

8- Debido a esta invariable experiencia, es imposible que un discurso pronunciado en un contexto jurídico no sea leído en el contexto político, pues es lo que usualmente sucede, sin que revista mayor relevancia en circunstancias más o menos corrientes en cualquier disputa resuelta por jueces, toda vez que, en las sociedades en general, no todas las relaciones son de cooperación, pues también las hay de conflicto y, además, estas últimas también son hasta cierto punto necesarias o funcionales al equilibrio social, en la medida en que operen como motor de su dinámica.

Pero, cuando en el contexto concreto, el conflicto adquiere un volumen inusitado y el tono en que se disputa pone de manifiesto un grado extraordinario de altísima virulencia, el conflicto deja de ser un funcional factor dinámico, puesto que su enorme dimensión cuantitativa opera cualitativamente con un efecto disruptivo

que altera sustancialmente el potencial significado político del discurso elaborado en términos jurídicos.

9- En este sentido, no puede dejar de advertirse que el conflicto que se plantea en el caso al que se refieren las preguntas de la consulta, no sólo ha adquirido inusitado volumen, sino que se presenta claramente como un conflicto entre Estados.

Es bien sabido que el derecho internacional de los Derechos Humanos surgió a mediados del siglo pasado como novedad revolucionaria en el derecho internacional, cuando este último, después de trágicas experiencias, comenzó a hacerse cargo de algunas conductas de los Estados respecto de su población, para garantizar un mínimo de derechos inherentes a todo ser humano por el mero hecho de serlo, dando lugar a un embrión de ciudadanía planetaria. Esta materia, que hasta ese momento estaba librada al orden interno de cada Estado, fue pasando, lenta pero progresivamente, a ser objeto del derecho internacional.

Dada esta naturaleza, en principio no es de la incumbencia del derecho internacional jushumanista la resolución de conflictos entre Estados, de los que debe hacerse cargo el derecho internacional tradicional, o bien, resolverse en el campo de la política internacional.

10- Considerando lo hasta aquí expuesto, resulta imposible evitar que un pronunciamiento de esta Corte, emitido con la mejor y más transparente y sincera intención de limitarlo a la cuestión de derecho jushumanista, con el máximo nivel técnico y la consiguiente y tradicional prudencia de los jueces, no sea rápidamente apropiado para esgrimirlo como instrumento argumental en la confrontación planteada en el terreno de la pura y descarnada política internacional.

Sólo una autolimitación en la política podría evitar que esta transferencia se operase de modo prácticamente automático; pero este género de autolimitaciones nunca se registró en ninguna controversia política, lo que no debe imputarse a ninguna falla ética, sino simplemente a las reglas mismas de toda "praxis" política pura que, por su naturaleza misma, procura efectos inmediatos, no tolera dilaciones, "tempora" de modo muy diferente al jurídico y, por ende, entrena a sus operadores para el empleo habilidoso de todo discurso que se halle a su alcance, sin deparar en su naturaleza ni en la función u objetivo de sus autores.

Sin mucha exageración, podría decirse que esta característica de la "praxis" política responde casi a la propia condición humana, sin que esta afirmación implique necesariamente la caída en ningún "hobbesianismo" u otro juicio antropológico análogamente pesimista.

11- En consecuencia, el contexto del caso al que se refieren las preguntas exige suma delicadeza en cualquiera de las aproximaciones que se quiera hacer, habida cuenta de que se trata de una confrontación entre Estados en la que se hallan en juego fortísimos intereses.

La propia situación institucional del Estado de Venezuela es de insólita complejidad política, institucional y diplomática, pues existe un gobierno que ejerce el poder territorial, pero hay Estados de nuestro continente que reconocen a una autoridad que no ejerce ese poder, lo que es prácticamente inédito en nuestro continente, aunque otrora se dio en otras regiones del planeta, en particular en el curso de la Segunda Guerra mundial en Europa, con los gobiernos en el exilio de países ocupados por los alemanes, y más cercanamente en Oriente.

Al menos hace casi medio siglo que no se plantea una situación relativamente cercana, desde los tiempos en que alguno de los países del continente reconocía al gobierno republicano español en el exilio durante la dictadura franquista. Pero entre nuestros mismos Estados, estas situaciones carecen de registro, salvo momentos muy transitorios y no exactamente iguales, sino limitadas al desconocimiento de regímenes “de facto”.

12- Las precedentes consideraciones no refieren meras *obiter dicta*, sino que hacen al contexto del caso, es decir, a un elemento de valoración que esta Corte ha tomado correctamente en cuenta en múltiples ocasiones y en el que insistimos.

Se trata, por cierto, de hacerse cargo del marco del caso -social, político, económico y en particular de violencia real o potencial- en que se debe valorar y decidir cada consideración que no puede limitarse a la competencia contenciosa, sino que -con igual razón- debe ponderarse cuando se postula el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte, máxime si resulta claro que las preguntas están referidas a una situación concreta y de significativa y bien conocida entidad.

En este sentido, a las antes señaladas circunstancias configuradoras del contexto en que tiene lugar la solicitud de consulta a la Corte, debe agregarse que es inevitable tomar en consideración -como dato muy preocupante- que, en la confrontación que tiene lugar respecto del Estado de Venezuela, no han faltado serias y conocidas amenazas de pasar a las vías de hecho, o sea, de llegar a una situación bélica por medio de una intervención armada.

Cuando se alcanzan estos límites en la conflictividad política internacional, con riesgo nada menos que de violencia armada entre Estados del propio sistema, el contexto está indicando que debe procederse con la máxima delicadeza en todo lo que roce el tema conflictivo.

En otras palabras: el contexto en que se solicita la opinión de la Corte requiere un supremo nivel de esfuerzo -no sólo posible sino incluso imaginable- en favor de la pacificación y la solución racional del conflicto, siempre asentado en la premisa de que, cuando se llega a la conclusión de que una controversia sólo se puede resolver por la fuerza o por la violencia, en definitiva, lo que subyace en el fondo es un mal planteo de los términos mismos del conflicto.

Es más que obvio que cualquier situación que diese lugar a algún género de eventuales medidas de fuerza entre Estados de nuestra región, significaría un fracaso

para el derecho internacional continental, trabajosamente construido a lo largo de más de un siglo.

Si bien el orden jurídico internacional continental conoció otrora fracasos de esta naturaleza (quizá el mayor haya sido la hoy lejana “guerra del Chaco” entre 1932 y 1935), son muchos más los que previno y -con la debida justicia- tampoco se le pueden retacear los méritos por el esfuerzo llevado a cabo para hallar salidas racionales a los propios ocasionales fracasos, lo que en varios casos impidió escaladas de letalidad. Ahora, ante el riesgo de un nuevo episodio, la tradición del derecho internacional continental demanda el firme compromiso de no ahorrar esfuerzo alguno por evitarlo.

13- Es natural que los jueces, por formación y entrenamiento profesional, tengamos la tendencia a confiar en que los destinatarios de nuestras decisiones habrán de proceder con análoga racionalidad y prudencia. No obstante, nunca es adecuado presumir que nuestra prudencia jurídica -y pese a todas las advertencias y salvedades que formulemos- se proyectará en el comportamiento de todos los protagonistas de una pugna política de gran volumen.

Esa presunción invariablemente la contrasta la dura realidad, donde se verifica que en el plano de la confrontación política las conductas se rigen conforme a la regla de su “praxis” utilitaria de efecto inmediato.

En este sentido, cabe aclarar que no es verdad que la esencia de la política consista en la disposición de llegar hasta la guerra que aniquile al enemigo, conforme a la polarización “amigo-enemigo”, postulada arbitrariamente por el irracionalismo totalitario de Carl Schmitt. Pero no es menos cierto que, en ocasiones, la confrontación política alcanza estos deplorables niveles negativos, lo que, por fortuna para la humanidad, no agota su contenido ni mucho menos, sino que sólo muestra uno de sus límites lamentables. En esas circunstancias que tocan el límite más turbio de la política, lo que se requiere es un sano y común esfuerzo pacificador de máxima contención.

Por ende, dada la antes señalada práctica de la política y la virulencia de la disputa en torno del caso concreto al que se refieren las preguntas, la más juiciosa valoración de este contexto indica que es poco menos que imposible no abrigar el serio temor de que, en la eventualidad de agravarse el conflicto y desplazarse por cauces más enconados, la prudente y jurídica opinión de esta Corte pueda ser manipulada en un sentido por completo opuesto a la positiva y saludable voluntad de sus jueces.

14- La reiterada experiencia internacional justifica ampliamente este temor, puesto que abundan los ejemplos de múltiples violencias que invocan generosas razones “humanitarias”. Más allá de la discusión doctrinaria en cuanto a la existencia de violencias y guerras de esa naturaleza -en la que no es momento de entrar-, al

menos “ad argumentandum”, cabe dar por cierto que algunas revistan ese carácter, pero es indudable que no todas las que lo invocan en realidad lo son.

El problema no es nuevo, porque no es posible ignorar que, en la política de todos los tiempos, el ser humano apeló a lo que ahora conocemos como “técnicas de neutralización de valores”, puestas de relieve en el campo de las ciencias sociales por Sykes y Matza hace más de seis décadas. Mediante estas técnicas se apartan las objeciones de conciencia y se facilita a quienes defienden ciertos valores, llevar a cabo conductas diametralmente opuestas a ellos (Gresham M. Sykes and David Matza, *Techniques of neutralization: a theory of delinquency*, en “American Sociological Review”, 1957, 22, p. 664-670).

15- Estas técnicas, empleadas en casos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, guerras y otras violencias, consisten en (a) la negación de la responsabilidad (“estoy forzado a hacerlo, no es mi voluntad, son las circunstancias”); (b) la negación de la lesión (“el daño no fue muy grande, son pocos los muertos”); (c) la negación de la víctima (“eran agresores, inferiores, inmorales, delincuentes, depravados”); (d) la condenación de los condenadores (“quienes me critican no tienen ningún derecho a hacerlo, son hipócritas”); (e) y la apelación a lealtades más altas (“me debo a la república, a la democracia, a la paz, a los Derechos Humanos”).

Estas técnicas no son racionalizaciones que procuran justificar o exculpar “a posteriori” cualquier conducta violenta, sino que se trata de formas previas de neutralizar valores, o sea, de eliminar objeciones de conciencia, con el objeto de facilitar el emprendimiento de la acción violenta, no siendo difícil detectarlas en todo episodio histórico de esta naturaleza.

16- Las “técnicas de neutralización de valores” fueron descubiertas y explicitadas en las ciencias sociales a mediados del siglo pasado, pero se verifica su funcionamiento y eficacia en las más dispares épocas y circunstancias, puesto que ciertas regularidades estructurales de los fenómenos sociales operan de modo similar a las leyes de la física (las cosas pesadas siempre cayeron hacia abajo, sin necesidad de que Newton lo explicase).

Debido a que estas técnicas apartan con facilidad las objeciones de conciencia, la tentación de las “guerras humanitarias” es algo muy antiguo, al punto que lo hallamos -al menos en lo referente a nuestro continente- desde el siglo XVI, en la famosa controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas, cuando el primero, para legitimar la conquista, neutralizaba sus valores cristianos con supuestas razones de “humanidad” fundadas teocráticamente, pero en los siglos posteriores se siguieron neutralizando valores en nombre de la biología (“raza”), más tarde invocando la “civilización” y el “progreso” y ahora, nada mejor que hacerlo en nombre de los Derechos Humanos y, por paradójal que parezca, incluso invocando la paz.

Lo cierto es que el viejo concepto de “guerra justa”, considerado ahora obsoleto por demasiado discutible, fue desplazado y toda violencia bélica prefiere inclinarse por el de “guerra humanitaria”, dado que ésta siempre resulta mucho más apta para mostrarse como “justa”.

17- Por conforme al derecho que sea lo que responde esta Corte y con todas las advertencias y salvedades que la tradicional prudencia indica -calidades inquestionables del texto decidido por la mayoría-, el lenguaje humano es equívoco y todo discurso es susceptible de entenderse torcidamente, pues no hay vacuna contra los descaminos semánticos ni contra la segmentación y el recorte antojadizo y malintencionado de los discursos y, menos aún, contra la naturalización de tergiversaciones irracionales a fuerza de reiteración mediática en tiempos de noticias falsas y procesos inventados, donde los “once principios” de Gobbels se emplean cotidianamente, aunque sin mención de autor y con nuevos recursos tecnológicos.

En la historia, abundan los casos en que los más puros y espirituales discursos emanados del amor, se implementaron al servicio del odio, las venganzas y la movilización de masas humanas, desembocando en crímenes atroces, en que las víctimas se mostraron como verdugos, feroces tiranos se disfrazaron de libertadores y vulgares ladrones en impolutos adalides de la ética.

En casos de conflictividad de tan alto tono y encontrados intereses como el que motiva las preguntas que ahora se dirigen a esta Corte, contra la más sana intención que podamos tener los jueces y el más puro y meticuloso criterio jurídico de nuestras respuestas, conspira por un lado la natural equivocidad del lenguaje humano y, por el otro, la señalada tendencia a neutralizar valores antes de toda violencia y a racionalizarla después de consumada.

18- Podrían mencionarse múltiples ejemplos más o menos contemporáneos del empleo de estas previas neutralizaciones de valor y posteriores racionalizaciones justificantes, exculpantes o excusantes, reveladores del riesgo que se corre, en atención al especial contexto del presente caso.

Por cierto, de escogerse ejemplos cercanos en el tiempo, sus particularidades estructurales no surgen con la necesaria claridad, dado que la abundancia de datos coyunturales dificulta la percepción de las características constantes de los fenómenos sociales. Sólo una perspectiva de mayor arco temporal permite separar lo coyuntural y dejar al descubierto los rasgos permanentes de estos lamentables fenómenos de poder.

Por ello, a efectos de destacar el riesgo que implica cualquier manifestación de esta Corte en el contexto del caso a que se refieren las preguntas de la consulta, no sólo es conveniente, sino necesario, acudir a la memoria de nuestro pasado sudamericano.

“Recordar” significa “volver a ligar”, “acordar”, o sea, tender la “cuerda” con el pasado que nos permite recoger la experiencia para la mejor comprensión del

presente y eficaz prevención del futuro. De allí que siempre sea menester mantener en tensión la “cuerda” que nos hace “acordar” en la memoria.

Es la historia -eterna *magistra vitae*- la que nos permite “acordar” con el presente, “religar” el aleccionador episodio sudamericano de mayor crueldad e iniquidad internacional, que permanece clavado como un puñal sangrante -pues hasta hoy sangra- en el corazón del sentimiento continental, y del que fue protagonista mi propio Estado, hace más de un siglo y medio: se trata de la tristemente célebre “guerra al Paraguay” o “guerra de la Triple Alianza”.

19- Precedida por traiciones, faltas a las palabras empeñadas, promesas incumplidas, compra de voluntades y deslealtades, intereses de la potencia hegemónica extracontinental del momento, ambiciones expansionistas en la región, desprecio a los llamados de casi todas las otras naciones sudamericanas a la solidaridad continental, intervención abierta en conflictos de otras naciones, ninguna de estas bajezas se ahorraron para plegarse a una guerra de increíble crueldad contra el Paraguay, cuyo pueblo resistió heroicamente durante años, hasta que culminó con la casi extinción de la población masculina paraguaya y el cobarde asesinato de Francisco Solano López y su hijo adolescente, que nunca se rindieron.

20- Paraguay en 1863 tenía la misma población que la Argentina, con una balanza comercial constantemente favorable, que le permitió fortalecerse, preparar sus defensas, montar en Ibicuy una fundición de cañones impresionante para la época, instalar el primer ferrocarril y el primer telégrafo del continente, comprar navíos acorazados en Europa y enviar allá a sus oficiales y técnicos a entrenarse. El país, gracias a la mano durísima de Gaspar Rodríguez de Francia, se había ahorrado las guerras fratricidas de todos los nuestros y había sabido aprovechar esa oportunidad, hasta convertirse en una verdadera potencia.

Para los curiosos “liberales” argentinos de ese momento -que no dudaban en sumarse al carro expansionista de los esclavistas brasileños y a las presiones imperiales británicas-, Solano López era un terrible “dictador” y, en nombre de la “libertad” de su pueblo, sostenían la necesidad de acabar con el “tirano”. Pero el pueblo no parecía acompañar a los despiadados invasores que invocaban su “libertad”, pues la guerra duró años, el jefe militar y presidente argentino mordió el polvo de la derrota varias veces, hasta que sus aliados, notando su escasa habilidad táctica, prefirieron reemplazarlo y dejar al frente de las tropas al yerno del emperador. La resistencia del pueblo paraguayo hizo que la guerra se prolongase por años; acabó apenas en 1870.

A la Argentina le dejó una enorme deuda de guerra, que repercutiría años después en una crisis, precedente de todas las posteriores hasta la fecha, en la larga y vergonzosa historia de su capítulo como parte del endeudamiento neocolonial de nuestra región. Sin embargo, obtuvo su objetivo, es decir, destruyó al Paraguay, que prácticamente quedó sin hombres, con una aplastante mayoría de mujeres, ancianos

y niños, con su potencial productivo destrozado, sin contar con que estuvo a punto de pasar a ser parte de Brasil.

21- Hubo argentinos que reaccionaron desde el comienzo contra esta pretendida “guerra humanitaria” o “de liberación”, como los poetas Carlos Guido y Spano y José Hernández (este último autor del poema nacional “Martín Fierro”). Pero, sobre todo, la más potente voz jurídica de la denuncia fue del autor del anteproyecto de la Constitución argentina de 1853: Juan Bautista Alberdi (“Organización política y económica de la Confederación Argentina”, 2ª ed., Besanzon, 1856).

Los responsables de este genocidio no tuvieron reparo en estigmatizar a Alberdi como “traidor” y le negaron el pago de sus salarios por servicios diplomáticos prestados a la Confederación, para dejarlo morir en la pobreza en París, donde escribió y legó a la posteridad los borradores y notas sin terminar de un libro que, pese a ser incompleto, se haría famoso (“El crimen de la guerra”, Edición crítico-genética/Estudio preliminar de Élidea Lois, Universidad Nacional de San Martín, 2007; también: Idalia Flores G. de Zarza, “Juan Bautista Alberdi en la defensa del Paraguay en la Guerra de la Triple Alianza”, Bs. As., 1978).

22- El argumento de la “guerra humanitaria”, que fue esgrimido por los gobiernos de Buenos Aires y Rio de Janeiro y hasta hoy se reitera en la historia oficial argentina (escrita por quien comandó la guerra), fue ridiculizado por Alberdi, señalando que mal podía justificar semejante guerra un emperador que mantenía la esclavitud en sus dominios. En cuanto a López, afirmaba: “Decir que la guerra no tuvo más objeto que suprimir la persona de López, es una impertinencia insultante lanzada al sentido común. Un gobierno serio como el del Brasil no gasta dos millones de francos, cien mil hombres, cinco años en suprimir a un individuo. Prueba de que era otro el objeto tenido en mira es que todo un pueblo ha desaparecido bajo el hacha del Brasil, antes que López” (“Escritos Póstumos de Juan Bautista Alberdi. Memorias y Documentos”, T. XV, págs.. 463-4).

Respecto de los crímenes de López expresaba: “¿Qué crímenes son esos que nadie ha visto ni conocido sino sus enemigos? Que ni el Paraguay mismo conoce, pues si López fuera el tirano que se hace obedecer por la fuerza, no quedaría el país sin ejército alguno, como hoy está, en presencia de treinta mil invasores extranjeros que no pueden arrancarlo a la simpatía de las poblaciones exámines”. En cuanto a su conducta, concluía: “Esa actitud de López vale más que todas sus victorias y todo el honor de su resistencia gigantesca: es la respuesta triunfante de la verdad dada a la calumnia del usurpador” (“Escritos póstumos”, T. XV, p. 457).

Si a Alberdi le hubiese sido dado vivir hasta hoy, en el curso del siglo y medio transcurrido desde que escribió estas líneas, se le hubiesen presentado múltiples ocasiones para reiterar sus argumentos, con los pertinentes cambios de lugares y nombres.

23- Tal vez Solano López no diese con la imagen perfecta del presidente democrático de una república ideal conforme al modelo del estado ético kantiano o del racional hegeliano -como nunca lo había sido el Paraguay ni ninguno de los nuestros- ni la de una pureza política pulcramente respetuosa de derechos, pero tampoco era nada democrático un imperio esclavista que fue el último Estado en abolir la esclavitud en nuestro continente (apenas en 1888, con la “Lei Áurea” de la princesa Isabel), ni tampoco lo era el presidente argentino que faltó a su palabra al intervenir en la política uruguaya, transportando rebeldes en sus buques de guerra y que, en la simultánea campaña contra nuestros caudillos del norte, que nunca se plegaron a esa vergonzosa guerra, mandó militares que asesinaron a Ángel Vicente Peñaloza y clavaron su cabeza en una pica, como tampoco el renombrado ilustrado que, pese a los muchos tomos que dejó escritos, le aconsejaba “no ahorrar sangre de gaucho”; menos aún quien debía ser garante del federalismo argentino y de la integridad uruguaya y paraguaya, pero a quien el banquero del emperador (el vizconde de Mauá) se apresuró a otorgar un generoso préstamo y los agresores a comprarle a buen precio caballos, ganado y pertrechos para la invasión. Tampoco lo fue el ministro obediente a la embajada británica, que respondió con inaudita soberbia los reclamos sudamericanistas contra la guerra, formulados por los gobiernos de Chile, Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia; menos aún cabe pensar que los representantes británicos tuviesen por objeto mejorar la institucionalidad del Paraguay, ni que el imperio brasileño no tuviese ambiciones expansionistas (v. sólo por mencionar alguna de la nutrida literatura histórica, de la argentina: José María Rosa, “La guerra del Paraguay y las montoneras argentinas”, Buenos Aires, 1985; del mismo, “Historia Argentina”, Bs. As., 1974, T. VII; de la brasileña: Julio José Chiavenato, “Genocidio americano: la guerra del Paraguay”, Bs. As., 1984; del mismo, “O negro no Brasil: da senzala a guerra do Paraguai”, San Pablo, 1986; de la paraguaya: Josefina Pla, “Los británicos en el Paraguay 1850-1870”, Asunción, 1994).

24- En este episodio, que ha dejado una mancha imborrable en la historia sudamericana, salieron a la luz las peores mezquindades y miserias humanas, no exclusivas de un hecho histórico aislado, sino las mismas que emergen cuando los intereses en pugna son demasiado poderosos.

Pese a que muchos años más tarde un gobierno popular argentino devolvió al Paraguay las banderas y supuestos “trofeos” de guerra, esta lección nos avergüenza hasta la fecha y hace que los sudamericanos, que mantenemos viva en la memoria la “cuerda” de la historia, experimentemos fundado y profundo temor a las guerras “humanitarias”, teniendo muy presente aquella frase que unos atribuyen a Baltazar Gracián y otros a Benjamín Franklin, pero que, cualquiera haya sido el autor, encierra una verdad imprecadera: “nunca hubo una buena guerra ni una mala paz”.

A esta ilimitada e impúdica vocación estructural fagocitaria de nobles discursos, propia de los episodios análogos al contexto del caso al que se refieren las preguntas de la consulta, obedece el enorme temor a que cualquier manifestación jurídica -por

mejor intencionada, técnica, prudente y pletórica de advertencias que fuese-, pueda ser manipulada, aún en mínima parte, como combustible para una “buena guerra”.

25- Por cierto, antes de quedar claro en la audiencia pública que las preguntas se refieren en concreto al caso particular de Venezuela, la consulta procuraba llegar elípticamente al caso, planteándolo como una cuestión de eventual violación de Derechos Humanos. A este respecto, cabe advertir que en el estricto plano del derecho internacional jushumanista -no en el del derecho internacional tradicional entre Estados- las preguntas de la consulta demandan respuestas innecesarias por obvias.

Así, no hay buenas y malas violaciones de Derechos Humanos, pues todas son malas y, esta Corte, en ejercicio de su jurisdicción y en la medida de su competencia contenciosa, habrá de resolver las pasadas en que hubiese incurrido el Estado de Venezuela, de la misma manera que lo está haciendo en el presente.

En cuanto a posibles violaciones futuras, no tiene sentido pronunciarse sobre la base de hipótesis de eventuales violaciones que, obviamente, no se le han planteado, todo ello sin contar con que un pronunciamiento al respecto, por las razones antes señaladas (supra, 5), tampoco sería idóneo para surtir cualquier efecto preventivo.

26- El problema que se pretende plantear como de eventual violación de Derechos Humanos por parte del Estado de Venezuela y que subyace a las preguntas formuladas a esta Corte, enfrenta al tribunal con una cuestión de muy diversa naturaleza y que nada tiene que ver con cualquier insostenible racionalización que pretenda legitimar violaciones de Derechos Humanos pasadas o futuras.

Se trata nada menos que de una cuestión que hace a los límites materiales o reales de la jurisdicción de la Corte, es decir, al alcance real de su “imperium” frente a un conflicto entre Estados de semejante volumen.

Es claro que en la región se registran muchas violaciones a Derechos Humanos, pero también lo es que esta Corte carece de la posibilidad material de sancionarlas a todas, pese a que la múltiple letalidad de algunas de ellas no escapa a la mirada más superficial. Basta mencionar las cometidas en el Estado Plurinacional de Bolivia a partir del golpe de Estado de noviembre del año pasado, donde se masacró población disparando contra civiles desarmados e incluso se intentó por decreto consagrar la impunidad de los agentes homicidas.

Este dato no sirve para legitimar ninguna violación a Derechos Humanos, porque es más que obvio que nunca las violaciones de un Estado pueden legitimar las de otro.

Lo que la anterior verificación demuestra es un elemental dato de realidad que debe ser asumido por todos los tribunales y jueces del mundo, cualquiera sea su competencia formal y como inherente a la propia función jurisdiccional: se trata de que es inevitable reconocer que el “imperium” de todo tribunal siempre es limitado.

27- El “imperium” de cualquier tribunal no es un problema de límites a la jurisdicción impuestos formalmente por la competencia que la ley le atribuya, pues no es una cuestión de límite formal o legal, sino real o material: es lo atinente al poder efectivo, no únicamente de hacer cumplir sus decisiones, es decir, de controlar su cumplimiento, sino también y, sobre todo, de mantener bajo control sus inevitables consecuencias sociales y políticas en un contexto determinado.

Como se ha señalado, es obvio que “el derecho es política”, porque incide sobre el poder de gobierno de una “polis”, sea ésta más local o más extensa. Pero al admitir esta premisa, debe evitarse sufrir una alucinación y creer que “toda la política es derecho”, equívoco acerca del cual adelantamos opinión (supra, 7).

En efecto: no puede ignorarse que hay una dimensión que es propia de la política “pura” y que, como tal, excede al derecho, siendo imposible desconocerle su cometido sin caer en la referida alucinación peligrosa: la política tiene un ámbito que al mismo tiempo es jurídico, pero siempre se reserva otro que es político puro.

Hay conflictos que por su naturaleza deben ser resueltos en el terreno de la política, porque ésta se lo ha reservado y, por ende, no se lo puede sustraer a este ámbito “natural”. Las soluciones a los conflictos abiertamente políticos las debe proporcionar la política misma, porque los jueces carecen de “imperium” para hacerlo, por mucho que un tribunal quiera practicar el mejor intencionado activismo judicial.

28- Si bien teóricamente -en el plano del “deber ser” o normativo- el derecho siempre dispone de la solución racional a los conflictos, el “imperium” de los jueces es limitado en cuanto a su capacidad para resolver eficazmente problemas que son de naturaleza política “pura”.

Pretender que los jueces decidan sin “imperium” no es una virtud, sino un vicio institucional ampliamente conocido en el mundo y que se denomina “judicialización de la política” (Patrizia Pederzoli - Carlo Guarnieri, “The judicialization of politics Italian Style”, en “Journal of modern Italian Studies”, 1997, vol. 2, pp. 321 y ss.).

Este fenómeno negativo tiene lugar cuando los protagonistas de la política pura no quieren o no pueden resolver alguno de los problemas de su competencia y, en ese trance, se lo derivan a los jueces, pese a que los operadores políticos que impulsan esta derivación son plenamente conscientes de que los jueces carecen de “imperium” para darle solución, es decir, saben muy bien que los tribunales no la proveerán.

Es sabido que cuando un problema se sustrae al ámbito propio de su “naturaleza”, en el terreno artificial al que se lo remite, no se resuelve. Esto sucede cuando se quiere resolver lo económico con meras medidas penales, los problemas de salud con puras medidas educativas, o problemas de educación exclusivamente con leyes civiles. Del mismo modo, cuando los jueces caen en la trampa de hacerse cargo de un conflicto de naturaleza política pura, como finalmente no pueden resolverlo, el descrédito por la falta de solución recae sobre ellos y, en ese trance, la política pura

-siempre impiadosa- se encarga de hacerlos responsables ante la opinión pública nacional o internacional y eludir su propia responsabilidad.

29- Tobías Barreto, el conductor de la llamada “Escuela de Recife”, jurista importante y creativo de nuestra región, pensador solitario del nordeste brasileño, en la segunda parte del siglo XIX, escribió que no se ocupaba del derecho natural, porque lo que existía era “una ley natural del derecho” (*Estudos de Direito*, volume II, *Obras Completas*, volumen VII, Estado de Sergipe, 1926, p. 39).

En efecto: el derecho -como todo lo humano- no es omnipotente, y los jueces lo son menos todavía. Muchas veces nos habituamos a emplear metáforas en el discurso jurídico, pero debemos tener el máximo de cuidado para no confundirnos y acabar creyendo que las metáforas son la realidad. La omnipotencia jurídica es una alucinación peligrosa, como todo romanticismo filosófico lanzado a la búsqueda de principios infinitos para traerlos al derecho.

30- Juzgar y sancionar violaciones de Derechos Humanos es función de esta Corte, como también prevenirlas, siempre en la medida de lo posible y de su competencia. Pero en el plano de la realidad social -que es a la que se atiene el derecho internacional jushumanista a medida que va elaborando su doctrina y jurisprudencia- la jurisdicción de esta Corte, como la de cualquier juez y tribunal del mundo, debe admitir la existencia de límites a su “imperium”, o sea, reconocer lo que puede resolver y hacer cumplir y controlar, para distinguirlo de aquello que - aunque decida- no podrá hacer cumplir o cuyas consecuencias no podrá controlar, por muchas que sean las advertencias que en cuanto a ellas formule, porque no está en sus manos hacerlo, dado que pertenecen al ámbito de la política “pura”.

Las decisiones jurisdiccionales que pretendieron resolver conflictos de naturaleza puramente política y, por ende, no tomaron en cuenta los límites de su “imperium”, al que claramente escapaba el control de sus efectos políticos, con demasiada frecuencia han resultado fatales en la historia, siendo suficiente con traer a la memoria las consecuencias de “Dred Scott V. Sandford” (60 U.S. 393) de 1856.

31- En la realidad social y política, no está en las manos de esta Corte el poder de resolver el mayor conflicto internacional de la región, porque pertenece al terreno propio y puro de la política internacional y, por ende, cualquier decisión que sea capaz de incidir sobre ese conflicto, por jurídicamente fundada que fuese -y acompañada con las más prudentes advertencias pertinentes-, no puede menos que dejar en manos de la política “pura” la forma en que haya de incidir en la concreta lucha de poder. Es como lanzar una botella al mar, sin saber a qué playa habrá de dar y sin posibilidad alguna de recogerla.

La mayoría de la Corte, con su consabida y tradicional prudencia y sabiduría, responde ateniéndose al derecho, proporciona respuestas razonables a las preguntas de la Opinión Consultiva, formula las advertencias del caso, pero en lo fáctico, lanza un mensaje que la política “pura” y descarnada habrá de usar del arbitrario modo

que las circunstancias hagan que lo considere funcional alguno de los intereses o bandos en pugna, puesto que carece del “imperium” necesario para controlar el uso que haga de la botella quien la recoja, quién sabe en qué lejana playa.

32- Por todas las razones antes expuestas entiendo que (a) las preguntas que se dirigen a esta Corte están referidas al caso particular de la desvinculación del Estado de Venezuela del sistema continental; (b) la consulta no responde al objetivo preventivo que habilita la competencia consultiva de la Corte conforme al artículo 64 de la Convención Americana; (c) la desvinculación del Estado de Venezuela del sistema se inscribe en el conflicto de mayor volumen que se plantea hoy en la política internacional regional entre Estados; (d) por ajustada al derecho y con las más prudentes advertencias conducentes por parte de la Corte, será inevitable que sea leída de modo funcional por alguno de los contendientes en la pugna política internacional; (e) dada la magnitud y virulencia del conflicto, existe el grave peligro de que lo prudentemente advertido y jurídicamente manifestado por esta Corte, pueda ser manipulado y desvirtuado para legitimar eventuales actos de violencia; (f) la magnitud del conflicto político respecto del Estado de Venezuela hace evidente que se trata de un claro caso de pura política internacional, respecto del cual la Corte carece en la práctica de “imperium” para controlar las consecuencias políticas de cualquier empleo perverso y parcializado de su pronunciamiento.

33- En conclusión: si bien tributo el merecido homenaje al esfuerzo de la mayoría de la Corte, puesto de manifiesto en el alto nivel del contenido jurídico y en la prudencia de sus advertencias, considero que cualquier pronunciamiento en la presente Opinión Consultiva es improcedente conforme a lo prescripto por el artículo 64 de la Convención Americana y, en atención al grave contexto del caso, también lo considero inconveniente, por todo lo cual propongo no dar respuesta a las preguntas formuladas.

Así lo voto.

E. Raúl Zaffaroni
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

Sumario:

Palabras del Decano de la Facultad de Derecho en ocasión de la apertura del año lectivo 2021

El Museo Histórico de la Facultad activo a pesar de la pandemia

Creación del Área de Políticas de Género de la Facultad (Res. 160/202)

La Facultad tiene su Patio en Honor a la Reforma

Formación académica

Formación en posgrado

Actividades en investigación

Actividades de extensión y relaciones internacionales

Actividades para graduados

Palabras del Decano de la Facultad de Derecho en ocasión de la apertura del año lectivo 2021

“Señor Vicerrector de la Universidad Nacional de Córdoba, Señor Vicedecano de la Facultad de Derecho, queridos profesores eméritos, profesores titulares, funcionarios de esta Casa, queridos alumnos, señoras, señores:

Estamos hoy reunidos para dar inicio formalmente al año lectivo 2021 en nuestra querida Facultad. Digo para dar inicio “formalmente”, porque en realidad la Facultad no se ha detenido nunca, Aún durante el mes de enero ha estado haciendo trabajos de mantenimiento y de refacción de instalaciones edilicias y, bien lo saben ustedes, las actividades académicas comienzan apenas empieza febrero, con el IECA y los exámenes.

Creo que es importante reflexionar que estamos comenzando este año lectivo 2021 en condiciones mejores que las que teníamos al inicio del año 2020, a pesar de la pandemia.... En efecto, estamos dando inicio al año lectivo con una carrera de abogacía acreditada por el término de seis años, o sea, por el máximo plazo previsto por CONEAU. Con esto, estamos coronando todo un esfuerzo que ha hecho nuestra comunidad académica a lo largo de dos décadas, desde que comenzó a reformar su plan de estudios para adecuarlo a las exigencias de la ley de Educación Superior, requisito para la acreditación. También estamos empezando con una carrera de doctorado, acreditada con categoría “A”, es decir, con la máxima jerarquía prevista por CONEAU y, además, con todas las restantes carreras de posgrado acreditadas.

* Reseña realizada por la Prof. Carla Saad con información otorgada por las Secretarías y obtenida del Digesto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

El año 2020 nos sorprendió, a nosotros y al mundo entero con esta pandemia, circunstancia que creíamos cosa del pasado, cosa de siglos atrás, y de pronto esta sorpresa nos obligó a encontrar respuestas a requerimientos aparentemente contradictorios entre sí. Era necesario, fundamentalmente, preservar la salud de la comunidad académica, pero también lo era garantizar el derecho a enseñar y a aprender (art. 14 de la Constitución nacional). A la vez, a esas dos necesidades debíamos armonizarlas con la necesidad de preservar la excelencia académica, para no traicionar el legado histórico de nuestra Universidad. Es decir, la salud, el derecho a enseñar y a aprender, y la excelencia académica, requerimientos aparentemente encontrados entre sí.

Esta comunidad académica, con el esfuerzo de todos, de los docentes, de los estudiantes, de los no docentes, y también de las autoridades, pudo afrontar el desafío. Es cierto, hubo dificultades, en algunos casos criterios opuestos o encontrados entre nosotros sobre qué es lo que debíamos hacer, pero lo cierto es que logramos terminar un año en el que no se perdió ninguna asignatura de dictar, no se perdió ninguna oportunidad prevista en las normas para la evaluación de los alumnos, e hicimos el esfuerzo para mantener en alto el nivel académico y el nivel de exigencia para aprobar las materias.

Vamos a continuar en este año 2021 y creo que lo vamos a perfeccionar. Vamos a aprovechar la experiencia del año 2020 y vamos a enfrentar este nuevo año, que desconocemos hoy por qué caminos y hacia qué rumbos nos llevará, pero estamos preparándonos como comunidad, con la experiencia acumulada de la virtualidad, con la predisposición a volver a la presencialidad en la medida y tan pronto como se pueda. Lo vamos a hacer, por supuesto, preservando aquellos tres objetivos: cuidar la salud, garantizar el derecho a enseñar y a aprender y mantener la excelencia académica.

Una de las circunstancias que me permite ir avizorando que este año lo vamos a hacer mejor es que, luego de estudiar detenidamente el tema con la Secretaría Académica y de conversar con los distintos protagonistas de nuestra comunidad, hemos podido reestablecer el régimen de promoción aún dentro de la virtualidad. Esto ya estaba contemplado por el régimen de enseñanza, pero debió ser suspendido el año pasado frente a la novedad de las restricciones impuestas a causa de la pandemia con las que nos encontrábamos, que generaba dificultades el riesgo de que se provocara una disminución de la excelencia académica.

Pasada la experiencia del año 2020, hemos hecho el estudio pertinente y se han establecido las pautas, requisitos y exigencias para la aprobación de las asignaturas por el régimen de promoción, con una evaluación integradora seria. Sobre esa base llegamos a la conclusión de que, en estas condiciones se evita aquel riesgo y, por eso se han tomado las medidas pertinentes, ya ratificadas por el Consejo Directivo.

También estamos estudiando la posibilidad, los modos y requisitos con los cuales podremos procurar avanzar en una gradual y progresiva vuelta a la pre-

sencialidad, en materia de actividad administrativa, porque claro, ya la extensión de esta situación hace que no podamos excusarnos en que hay trámites que no se pueden hacer por la pandemia. No puede haber trámites que no se puedan hacer. Es decir, procuraremos seguir en la medida que sea necesario, con la virtualidad, con el trabajo remoto a distancia, pero lo que requiera presencialidad, se hará con los protocolos, y para eso contamos con el apoyo del Vicerrector que nos va a ayudar a que estos protocolos sean aprobados por el COE. Administrativamente la Facultad tiene que funcionar, y tiene que funcionar bien.

Estamos estudiando además y seguiremos avanzando en eso, la posibilidad de vuelta a la presencialidad en materia académica. Quizás deba ser más gradual, más paulatina porque es claro que debemos evitar las concentraciones de gente en espacios cerrados, pero estamos estudiando entre otras cosas la posibilidad que algunos profesores han pedido, que se habiliten clases de consulta presenciales, de a un alumno, por supuesto con turnos. En fin, algunos profesores lo han pedido y vamos a trabajar en elaborar los protocolos en ese sentido. Eventualmente también, para el mes de julio, pensamos en algún sistema mixto de evaluación en el que se permita a los alumnos que tienen dificultades de conectividad, rendir su examen desde la Facultad; a lo mejor utilizando los equipos y la conexión propia de la Facultad o bien con otras modalidades que podemos estudiar. En el mismo sentido se analiza la posibilidad de implementar los concursos en modalidad mixta. Todo esto está en estudio y depende de la evolución de la situación epidemiológica.

Nos encontramos también con una Facultad que sigue avanzando en su integración a la comunidad y al mundo en general. El año pasado hemos firmado una gran cantidad de convenios de cooperación para la realización de actividades específicas de competencia de la Facultad, con otras universidades del país y extranjeras, y también con otras instituciones no universitarias. Es decir, la integración de la Facultad a la comunidad se muestra, en uno de sus aspectos, a través de estas interrelaciones institucionales.

Por otro lado, tenemos la firme decisión de retomar una tarea que ya habíamos comprometido en la campaña electoral con el vicedecano, y que iniciamos con ímpetu en 2018 y 2019, que es la de avanzar en la regularización de la planta docente. La regularización de la planta docente, que se inició con ímpetu en 2018, siguió en 2019 y en 2020, ahí sí -tenemos que confesar- nos paralizó, por las medidas propias del aislamiento y el distanciamiento que impedían conformar tribunales evaluadores en ambos casos.

Esta Facultad presentó proyectos e instó en el Consejo Superior que se aprobara la virtualidad para los concursos y para los procesos de evaluación docente, tanto de evaluación de desempeño normal, ordinaria, como las evaluaciones del artículo 73 del Convenio Colectivo de Trabajo. En la última sesión del Consejo Superior se aprobó esta norma, luego (la estoy viendo aquí a la Directora de Concursos), se viene para el área de concursos un trabajo que se ha venido acumulando durante

todo el año 2020 y la decisión firme es de avanzar en todos estos procesos para la regularización de la planta docente.

Con el Vicedecano también nos comprometimos en la campaña a enfrentar y combatir la violencia de género. Ello supone continuar la profundización del camino hacia la igualdad real de oportunidades y de trato, que es un mandato explícito de la Constitución.

En esa línea, hace una semana -el día de la mujer- hemos tenido el acto por el que se impuso al aula 40 de posgrado, el nombre de “aula de las mujeres universitarias”. Allí el Museo de la Facultad, en una labor extraordinaria como las que suele hacer su directora, nos ha armado un aula cuyas paredes, a través de fotografías, carteles y leyendas, nos cuentan la lucha histórica de las mujeres por ser incorporadas al ámbito de la vida universitaria.

Lo anterior tiene valor simbólico. Ahora, como medidas concretas de ejecución en este orden, por un lado, se ha tomado la decisión y se va a ejecutar en el curso de este año, una obra para la construcción de una sala de lactancia en la Facultad, que está requerida como exigencia por resolución del Consejo Superior. Con ello se procura brindar un ámbito que cuente con las condiciones adecuadas de privacidad, tranquilidad e higiene, para todas las madres de nuestra comunidad educativa.

Por otro lado, por resolución decanal ad referendum, que ya ha sido ratificada por el Consejo Directivo, ha sido creada el Área de Políticas de Género de la Facultad a cuyo cargo está la Dra. Mariana Sánchez, para seguir avanzando en este proceso de aproximarnos cada vez más a la igualdad real de oportunidades.

Pero este ciclo lectivo 2021 que estamos iniciando, también nos encuentra con una infraestructura edilicia en mejores condiciones. Por un lado, se ha terminado la obra de remodelación y puesta en valor del edificio de Caseros 311, donde nuestros investigadores tienen su sede. La obra de remodelación y puesta en valor de la fachada principal del edificio de la Facultad ya está prácticamente finalizada y a quienes todavía no la han visto, los invito a que después del acto den una vuelta por la calle Trejo porque realmente da gusto ver la obra, que le ha devuelto su esplendor originario a nuestra Casa.

Se han realizado tareas de pintura, mantenimiento edilicio, y, sobre todo, esto es lo importante, de adecuación en pequeños detalles de la infraestructura e instalaciones de la Facultad para una gradual y progresiva vuelta a la presencialidad a la que hacía referencia recién y se ha encarado la refuncionalización de las oficinas de posgrado. Ahora, en materia de infraestructura edilicia, principalmente tenemos este patio seco que inauguramos en el acto de clausura del año académico 2020 y al que, en este acto, se le va a imponer el nombre de “Patio de la Reforma Universitaria de 1918”.

¿Por qué ese nombre? No creo que haga mucha falta demasiada explicación. Por un lado, porque el inicio de las gestiones para realizar su construcción y su inclusión

en el plan de obras de la Universidad se concretó en 2018, el año del centenario de la Reforma. Pero principalmente, porque este es un modo más de perpetuar en la memoria de la comunidad universitaria este hito fundamental que fue la Reforma de 1918, en la larga historia de más de cuatro siglos que tiene nuestra Universidad; hito en el cual nuestra Facultad de Derecho tuvo una activa y trascendente participación.

De más está que les recuerde los grandes logros que transformaron a nuestra Universidad a partir de la Reforma de 1918: la autonomía universitaria -principio que hoy tiene jerarquía constitucional-, el cogobierno estudiantil, la periodicidad de las cátedras y su acceso por concurso de antecedentes y oposición, el principio de libertad de cátedra, entre otros. Basta con este breve repaso para demostrar cómo, más allá de los enfrentamientos que hace un siglo vivió la comunidad universitaria de Córdoba con relación a la Reforma, hoy, cien años después, ellos son un símbolo que une a todos los miembros de la comunidad académica de la Universidad Nacional de Córdoba y son asumidos como propios y fuera de toda discusión, porque ellos transformaron e incidieron en la identidad de nuestra Casa de Estudios, se expandieron por América Latina e influyeron en el mundo entero.

Empezamos con una estructura edilicia en mejores condiciones, pero vamos a procurar avanzar en estas mejoras. Está proyectado llevar a cabo la construcción de un puente de acceso a los departamentos de coordinación docente, para permitir que lleguen a ellos por el ascensor, quienes se encuentran impedidos de subir la escalera.

Se va a encarar la remodelación y puesta en valor de la fachada del edificio de la Facultad sobre la calle Independencia, que es un edificio con valor arquitectónico que merece ser preservado. Se va a realizar la construcción de dos patios en los espacios donde están las palmeras y los correspondientes pozos de absorción de aguas pluviales por el subsuelo en ese mismo sitio.

Y se va a construir, además, una sala de emergencias, requisito hoy ineludible frente a las circunstancias de la pandemia del COVID y que quedará para después, como un sitio especial para que, quien sufra algún problema de salud y requiera ser atendido médicamente con urgencia, pueda tener donde ser auxiliado y esperar con comodidad y tranquilidad hasta ser atendido médicamente con resguardo de su intimidad.

Vamos a encarar la adquisición de equipamiento informático según las necesidades actuales. Eso es muy importante y es una necesidad que se ha puesto de resalto de golpe frente a esta circunstancia de paso abrupto a la virtualidad. O sea, vamos a proveernos de equipamiento informático más adecuado. Y además se va a equipar a este patio "Reforma Universitaria de 1918" con equipos de audio y de luces.

Esos son los proyectos que tenemos por delante. Hemos pasado un año difícil y estamos iniciando un año que no podemos asegurar que vaya a ser fácil. Tenemos ya acumulada la experiencia del año anterior, pero tenemos fundamentalmente y eso es lo que me parece más importante, la convicción de que la comunidad educativa

de la Facultad de Derecho responderá plenamente como lo ha hecho el año anterior. Los profesores, los estudiantes y los no docentes de la Facultad de Derecho van a poner todo su esfuerzo este año, así como lo hicieron el año anterior, para que no se detenga la Facultad. A eso lo ha logrado la comunidad de la Facultad de Derecho y lo logrará este año. Tenemos la certeza de pertenecer a una comunidad educativa unida y que por encima de circunstanciales diferencias de opiniones en uno u otro tema, coloca el bien de la Facultad. Creo que eso lo ha demostrado la comunidad educativa en el año 2020 y no tengo dudas que lo va a demostrar también y con mayor fuerza aún, en el año 2021.

Muchísimas gracias”.

Prof. Dr. Guillermo E. Barrera Buteler

Decano

El Museo Histórico de la Facultad activo a pesar de la pandemia

El Museo Histórico de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba recopila archivos y objetos de un valor cultural e histórico para la Facultad, la provincia, el país y el mundo que dan cuenta de la magnitud de ciertos hitos que han marcado un rumbo dentro de la historia.

Entre los preciados objetos que se pueden observar, son destacables aquellos que pertenecieron a ex presidentes de la República que recorrieron los claustros de esta institución. En total, son seis los ex mandatarios que se formaron académica y humanamente dentro de la Facultad de Derecho.

Además, se presentan objetos de gran importancia para la vida institucional de la Facultad como aquellos que pertenecieron a los decanos que han regido esta Casa de Estudio a lo largo de los años.

Es objetivo de este Museo exponer ante la Comunidad Académica en particular, y la sociedad toda en general, el valor histórico y cultural que la Facultad ha aportado, y continúa haciéndolo, a lo largo de los años.

Este año, continuación en la virtualidad, tuvo lugar el homenaje del Museo en el Día Internacional de la Mujer, imágenes que pueden disfrutarse en https://youtu.be/du_3awvebBA relatan el paso de valiosas mujeres por el claustro universitario.

Creación del Área de Políticas de Género de la Facultad (Res. 160/202)

Por Resolución 160/202 del 11 de marzo de 2021 se crea en la Facultad de Derecho el Área de Políticas de Género, con la Dirección de la Dra. Mariana Sánchez Busso.

En los Considerandos de la resolución se expresan los fundamentos de su creación, su relación institucional y su importancia social que a continuación compartimos: “En razón que la Resolución del Honorable Consejo Superior 1011/2015 ha implementado el *Plan de Acciones y Herramientas para prevenir, atender y sancionar las Violencias de Género* en el ámbito de la UNC, en adecuación a lo consignado en la normativa reglamentaria (cfr. Ord. HCS n.º 9/2011 y 9/2012; Dec. HCS n.º 8/2009) y legal (cfr. Leyes n.º 26485, 26743, etc.) vigente sobre el tópico, como así también de conformidad con lo estipulado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos al respecto (cfr. Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); etc.).

Bajo tales premisas, esta Casa de Altos Estudios no pierde de vista que la desigualdad, la inequidad y los diferentes tipos de violencias presentes en nuestras realidades, también atraviesan las instituciones sociales cuanto, en lo que aquí atañe, las de educación superior. En efecto, aquéllos impactan en las relaciones establecidas entre quienes componen nuestra comunidad, menoscabando el desarrollo de su vida laboral, académica y universitaria.

En función de lo expuesto, y en el marco de las ya reseñadas acciones y transformaciones que se vienen llevando a cabo desde la Universidad Nacional de Córdoba, la Facultad de Derecho crea un espacio institucional abocado a la función de promover un territorio libre de violencias de género y fomentar, así, el valor de la inclusión de todos los actores que la integran, conlleva un compromiso social que reconoce como principal objetivo la visibilización y sensibilización de esta problemática en el marco de la vida universitaria, sin descuidar la conveniencia de optimizar el nexo con la Unidad Central de Políticas de Género de la UNC, todo ello en vista a articular la implementación de iniciativas, diligencias y acciones que contribuyan a la prevención y asistencia de situaciones de discriminación, desigualdad y violencias.

Por lo restante, huelga recordar que, como una importante agente de cambios sociales, la Facultad de Derecho resulta comprometida con la profunda transformación que se requiere, a los fines de garantizar una vida sin desigualdades ni violencias en sus diferentes estamentos. En este sentido, la promoción de tareas de prevención y capacitación, se constituyen en los principales objetivos que aportarán a la defensa de los derechos humanos de personas y grupos más vulnerables”.

Plan de Objetivos de Políticas de Género (Res. 160/202, Anexo I)

Son *objetivos generales* del plan:

- Visibilizar la problemática de la desigualdad, la discriminación y las violencias en el ámbito universitario.

- Capacitar a los integrantes de la comunidad universitaria de la Facultad de Derecho de la UNC mediante el dictado de cursos específicos.
- Prevenir situaciones de discriminación y violencias a partir de la difusión y capacitación.
- Tomar conocimiento de situaciones de violencias de género en el ámbito de esta Facultad y velar por los principios rectores de la atención a las personas afectadas por aquéllas.

Son *objetivos específicos* del plan:

- Dar a conocer, difundir e informar a la comunidad universitaria de la Facultad de Derecho de la UNC, las diferentes normativas (internacionales, nacionales, locales y universitarias) que regulan la desigualdad, la discriminación y las violencias.
- Recolectar datos de las principales variables que permitan conocer mejor la realidad de la Facultad de Derecho frente a esta problemática.
- Ofrecer cursos de capacitación sobre la problemática de la desigualdad, la discriminación y las violencias en ámbitos universitarios.
- Brindar, en un entorno de confianza y cercanía, información, asesoramiento y acompañamiento a demandas concretas que se presenten en el Área.
- Receptar y derivar las denuncias presentadas a las autoridades competentes.
- Articular tareas con la Unidad Central de Políticas de Género de la UNC y con otras unidades académicas, que contribuyan a combatir y erradicar las discriminaciones y violencias en ámbitos universitarios.

La Facultad tiene su Patio en Honor a la Reforma

En continuación con el plan de obras de la Facultad y, a pesar de la pandemia, guardando todos los protocolos de rigor, ha tenido lugar el acto para rendir homenaje a la memoria de los reformistas del año 1918 e imponer el nombre “Patio de La Reforma Universitaria de 1918” a la explanada de ingreso por la calle Caseros a la Facultad. Las actuaciones se iniciaron durante el año en que se conmemoraba el centenario de la Reforma Universitaria de 1918, Reforma que constituyó un hito fundamental en la historia de la Universidad Argentina y trascendiendo al mundo, cuestionando las formas académicas vigentes hasta ese momento y constituyendo un nuevo concepto pedagógico, centrado en la formación integral de la juventud, impulsando la renovación y el mejoramiento de la enseñanza a través del acceso a las cátedras por concursos y de la periodicidad de las mismas para garantizar la permanente renovación de las ideas como la asistencia y docencia libres.

En palabras de la RD_55_2021 se “constituye una valiosa oportunidad para recordar el celo de los reformistas en la proclamación del principio de la autonomía universitaria y el derecho de la Universidad de darse su propio gobierno y regular su funcionamiento garantizando la plurirepresentación, enfatizando la defensa de la educación popular, afianzando el principio de gratuidad de la enseñanza y la inserción de las casa de Altos Estudios en la realidad social del país a través de la extensión universitaria”.

Formación académica

Gestionar políticas académicas en tiempos complejos e inciertos

El año 2020 fue sin dudarle un año muy particular a causa de la emergencia sanitaria establecida por Ley N° 27541, lo dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 y 297/2020; la Resolución Rectoral N° 367/2020 y las Resoluciones Decanales N° 210/2020 y 232/2020.

Esta compleja situación que persiste en este año 2021 implicó institucionalizar medidas que posibilitaran la continuidad de la enseñanza y garantizar una vez más el derecho a la educación. Ejemplo de ello es la Resolución Decanal *Ad Referendum* del HCD N° 253/2020 que regula la virtualización de la enseñanza y, en ese marco, un protocolo detallado para su consecución elaborado desde Secretaría Académica, con la colaboración especial de su equipo pedagógico comunicacional. Asimismo, y en esa misma línea se elaboraron protocolos para llevar adelante la evaluación de los aprendizajes a través de exámenes parciales y finales.

Tal como puede advertirse, la Secretaría Académica durante el año 2020 y lo que va transcurriendo de este año llevó adelante una gestión dinámica orientada siempre a mejorar la calidad de la enseñanza que implicó el fortalecimiento de la organización institucional en los aspectos académicos en las cuatro carreras que se ofrecen.

Si algo ha caracterizado a la Secretaría Académica es el mérito de trabajar con un modelo de gestión diseñado en base a políticas académicas y precisión técnica operativa que si bien tuvo que reinventarse en este tiempo continuó su trabajo intenso como área neurálgica de la Facultad. Ninguna de las acciones que despliega Secretaría Académica es intuitiva o producto del azar o la rutina, sino que forman parte de un plan diseñado conforme los modernos modelos de gestión institucional.

El proceso de virtualización

Desde el mes de marzo 2020 a raíz de la emergencia sanitaria establecida por Ley N° 27541, lo dispuesto por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020 y 297/2020; la Resolución Rectoral N° 367/2020 y las Resoluciones Decanales N°

210/2020 y 232/2020, la Facultad debió vaciar sus aulas, pero no se resignó a dejar de cumplir su misión prioritaria de enseñar Derecho, para lo cual se potenció el trabajo con los entornos virtuales de enseñanza y aprendizaje y con variadas estrategias didácticas para continuar garantizando el derecho de enseñar y aprender.

Habiendo transcurrido ya dos semestres completos desde que inició este proceso, de manera repentina y sin precedentes, estamos en condiciones de hacer unas primeras reflexiones sobre el camino transitado y es por ello que le destinamos un breve apartado en la presentación de esta memoria.

A partir del mes de marzo 2020 la Facultad puso en marcha diferentes acciones para trabajar con los profesores y equipos de cátedra a los fines de organizar la virtualización de las cuatro carreras que actualmente se dictan en la Facultad: Abogacía, Notariado, Profesorado en Ciencias Jurídicas y Tecnicatura Superior Universitaria en Asistencia e Investigación Penal, todas ellas diseñadas como carreras presenciales. Es significativo destacar que se trató de más de 121 cátedras, 60 espacios curriculares opcionales, alrededor de 950 docentes y de 14.000 alumnos.

El punto de partida para trabajar con la virtualización tuvo características diversas en cada una de las carreras que se dicta en la Facultad porque, mientras del Profesorado en Ciencias Jurídicas había nacido utilizando aulas virtuales muy completas y funcionales para el dictado de cada asignatura, lo que facilitó en gran medida la migración, no ocurría lo mismo con las otras carreras. Por su parte, la Tecnicatura Superior Universitaria en Investigación Penal también contaba con algunas aulas virtuales funcionando que igualmente facilitaron la tarea. En el caso de las carreras de Notariado y Abogacía -esta última la que cuenta con la mayor cantidad de alumnos y docentes- ya se había comenzado a utilizar en diversos grados e intensidad las aulas virtuales como complemento de la enseñanza presencial, pero aún existían muchas cátedras que no tenían ninguna experiencia utilizando este tipo de entornos.

No obstante ello, en todos los casos la calidad académica de las propuestas de enseñanza, la formación y trayectoria de cada Profesor y equipo de Cátedra y la predisposición de los docentes hicieron que el proceso se pudiese poner en marcha, evitando así la pérdida del año.

Líneas de acción en el Área de Desarrollo Curricular e Innovaciones

A los fines de atender a las necesidades de los docentes de la Casa, se consolidó y amplió en número de integrantes el Equipo Pedagógico Comunicacional que estuvo a cargo del asesoramiento para la creación y desarrollo de las aulas virtuales del total de asignaturas troncales y opcionales de las cuatro carreras que se ofrecen en la Facultad. En este marco, Secretaría Académica coordina el PROEVI, Programa para el asesoramiento de la Enseñanza Virtual e Innovaciones (RD 934/2020).

Durante el ciclo lectivo 2020 ingresó la quinta cohorte de estudiantes en el Profesorado en Ciencias Jurídicas y egresaron nuevos Profesores con una altísima formación académica, y que son altamente demandados por nuestro Sistema Educativo.

En idéntico objetivo de ampliar y optimizar oportunidades laborales y dar respuesta a las necesidades del medio social y profesional, se abrió la tercera cohorte de la “Tecnatura Superior Universitaria en Asistencia en Investigación Penal”. En el año 2021 se llevará a cabo un proceso de autoevaluación de la Carrera.

Se ejecutaron y rindieron proyectos correspondientes al Programa de Mejoramiento de la Enseñanza del Grado (PAMEG), convocatoria de la SAA de la UNC. Los fondos provenientes de la convocatoria 2020, fueron destinados al fortalecimiento del Equipo Pedagógico Comunicacional y a la compra de equipamiento necesario para hacer frente a las necesidades que se generaron como producto de la virtualización de la enseñanza. El nuevo Proyecto en marcha tiene como objetivo principal fortalecer las acciones relacionadas con el ingreso a la Universidad. En el año 2021 se está llevando a cabo el Programa para el fortalecimiento del primer y segundo año de cursado de los estudiantes, se implementarán diversas acciones tendientes a fortalecer técnicas de estudio.

Desde el Programa de Formación y Perfeccionamiento Docente se ofrecieron variados cursos destinados a profesores y adscriptos de la Facultad y participaron docentes de todas las Cátedras de la Facultad, con el objeto de planificar la enseñanza y las instancias de evaluaciones parciales y finales.

La construcción y uso de Aulas Virtuales como complemento a la enseñanza presencial ha tenido un especial impulso y desarrollo con nuestros Profesores Titulares como principales protagonistas durante este año. A la fecha la plataforma de Aulas Virtuales ha sumado 39.000 usuarios y son más de 200 los profesores involucrados en el Proyecto. El 100% de las asignaturas del plan de estudios de la Carrera de Abogacía cuenta con su aula virtual para complementar la enseñanza presencial y lo mismo ocurre con la Carrera de Notariado; Profesorado en Ciencias Jurídicas y Tecnatura Superior Universitaria en Asistencia en Investigación Penal.

Se dio continuidad a la publicación del Boletín Derecho Innova, iniciativa que se propone alentar a los equipos de cátedra a emprender proyectos innovadores en la enseñanza del derecho y difundirlos. Las últimas ediciones del Boletín estuvieron especialmente dedicadas a las diversas experiencias de enseñanza a través de entornos virtuales.

Se continuó con el desarrollo del proyecto “Tutorías individualizadas a estudiantes” (Res. Decanal N° 1044/2014) cuyo principal objetivo consiste en acciones sistematizadas de tutorías y seguimiento de estudiantes con un doble impacto, mejorar el rendimiento de estudiantes y alentar la formación de recursos humanos docentes.

Se elaboraron las Guías para orientar a docentes y estudiantes en la implementación de los exámenes finales a través de entornos virtuales, ya sea la plataforma virtual Moodle o Google Meet.

Líneas de acción en el Área Académica Administrativa

Todo el personal docente y no docente que conforma la Secretaría Académica se capacitó en el manejo de GDE y Expedientes Electrónicos.

Se revisaron y actualizaron reglamentaciones y procedimientos de gestión que se llevan a cabo desde la Secretaría.

Se optimizó el funcionamiento de la gestión del trámite de pases y equivalencias.

A través de correos electrónicos y de expedientes electrónicos se brindó atención y respuesta a requerimientos de distinta índole vinculados al funcionamiento del Plan de Estudios y atención a necesidades individuales de profesores y estudiantes de la Facultad.

Se realizaron numerosas rectificaciones de Actas de exámenes y regularidades.

Se resolvió la admisión de aproximadamente 420 postulantes para realizar las adscripciones. Se gestionaron prórrogas y finalización de adscripciones correspondientes a todos los Departamentos de Coordinación Docente. Además, se llevó a cabo una tarea mancomunada entre la Secretaría Académica y los Departamentos para un adecuado seguimiento de la carrera de los adscriptos.

Se participó de las reuniones mensuales convocadas por la Secretaría de Asuntos Académicos de la UNC, en el marco del Consejo Asesor de Grado, con la finalidad de estar activamente integrados a la vida de la UNC y trabajar sobre diferentes políticas académicas vinculadas a la presentación de nuevas ofertas académicas; la inclusión educativa; los sistemas de gestión; la mejora en la calidad de la enseñanza; entre otros temas abordados.

Se trabajó de manera coordinada con el equipo de la Biblioteca con el objeto de desarrollar planes de desarrollo enmarcados en los requerimientos de la Res. ME N° 3401/2017.

Se trabajó de manera coordinada con la Secretaría de Asuntos Estudiantiles y los Departamentos de Coordinación Docente para resolver problemas vinculados al cursado y a los exámenes.

Líneas de acción en el Área de Gestión Docente

Se gestionaron y desarrollaron los Cursos Opcionales correspondientes al primer semestre que virtualizaron completamente sus metodologías de enseñanza.

Se incrementó y optimizó la gestión de la planta docente, en especial los trámites vinculados a la cobertura de vacantes producidas durante los dos semestres en que se dictan clases y la promoción de docentes interinos a cargos superiores, en particular la de Profesores Titulares Encargados de Cátedra en supuestos de vacantes producidas por jubilación u otras causas de alejamiento.

Se elaboraron 45 informes académicos de actividades docentes 2019 y se actualizó el detalle de la Planta Docente de la Facultad que hoy se conforma con aproximadamente 950 profesores.

Se expidieron certificados de renovación de desempeño docente a pedido de los Profesores para presentar al Departamento de Concursos Docentes.

Líneas de acción en la Dirección General del Área de Enseñanza

En lo que respecta a la Dirección General del Área de Enseñanza, dependiente de esta Secretaría, se llevó a cabo una comunicación y colaboración constante con todos los Departamentos a cargo. Se realizó además apoyo para la logística y organización de determinadas tareas. En este marco, desde Despacho de Alumnos, se llevaron a cabo comunicaciones permanentes con los alumnos y docentes vía correo electrónico y sistema Guaraní respondiendo a consultas generales. Trámites de Cambio de Cátedra, Inscripción para el cursado y exámenes finales. Trámites de rectificación de datos, de exámenes parciales. Se realizaron las gestiones necesarias para las Preinscripciones e Inscripciones a las carreras de Profesorado en Ciencias Jurídicas; Tecnicatura en Asistencia en Investigación Penal y Abogacía. Con los docentes se realizó además atención telefónica permanente, evacuando dudas en general. Se elaboraron y enviaron Instructivos para operar en el Sistema Guaraní. A su vez, internamente se gestionaron todos los medios necesarios para el correcto desenvolvimiento del trabajo del equipo. Desde Oficialía se llevó a cabo una comunicación permanente con alumnos y docentes a través del correo electrónico y con los docentes también de manera telefónica. Se recibieron las actas de Exámenes Finales de las cuatro carreras que ofrece la Facultad y realizaron las tareas habituales a través de los entornos virtuales disponibles.

Desde Diplomas se llevó a cabo el contacto y comunicación permanente con estudiantes que se encuentran en condiciones de comenzar los trámites del Título. Contacto y comunicación con Egresados de la casa que solicitan algún tipo de información y/o trámite.

Desde Notariado se realizaron las gestiones correspondientes a esta dependencia relativa a la gestión de inscripción de alumnos y se llevó a cabo una permanente comunicación con docentes y alumnos de la Carrera.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332057/ 58 int. 356, email: academica@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 8:00 a 20:00 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar.

Formación en posgrado

En marzo del 2020 debimos migrar la actividad tanto administrativa como áulica en virtud del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por las autoridades nacionales a raíz del hecho inédito e imprevisible como fue la pandemia por COVID-19. Esta migración fue conforme a las instrucciones normativas en consonancia con las del Estado Nacional, dispuestas por las autoridades de nuestra Facultad de Derecho y de la Universidad Nacional de Córdoba.

Pero pese a este tránsito, que fue arduo y comprometido, nuestro posgrado no dejó de crecer y así distintas carreras fueron sometidas a acreditación y categorización por la CONEAU sorteando con éxito la evaluación y es más, obteniendo la máxima categorización en nuestro centenario Doctorado. Con beneplácito y enorme satisfacción hoy tenemos acreditación "A" en el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales.

Oferta Académica

La Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ofrece una amplia variedad de actividades académicas destinadas a la formación de profesionales que cuentan con título de grado; que desarrollen sus actividades en el ámbito del Poder Judicial, la administración pública u organizaciones privadas, y deseen especializarse, actualizar y poner en común sus conocimientos en aquellos temas interesantes en el panorama del derecho argentino y americano.

La consolidación de estas carreras, cursos, seminarios, talleres, paneles y jornadas de Posgrado supone que, año tras año, podamos seguir ofreciendo a todos aquellos que nos visitan un atractivo plantel de programas académicos, en los que participan distinguidos profesores, investigadores y especialistas de reconocido prestigio nacional e internacional.

Forman parte de la agenda académica virtual 2021 mientras se mantenga el riesgo sanitario:

Carreras de posgrado

Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales- Categorizada A por Res. CONEAU 684/2020

La carrera hunde sus raíces allá en el Siglo XVIII cuando por disposición del virrey Nicolás Antonio de Arredondo se incorporan estudios de derecho a la universidad, naciendo así la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, según registros de la Universidad, en el año 1791.

Director: Prof. Dr. Edgardo García Chiple.

Coordinadora Académica: Prof. Dra. Esther Susana Borgarello

Doctorado en Ciencia Política (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados - Facultad de Ciencias Sociales-)
Directora: Prof. Dra. María Teresa Piñero

Maestría en Derecho Administrativo
Directores: Profs. Dres. Domingo J. Sesín y José L. Palazzo.

Maestría en Derecho y Argumentación
Directores: Profs. Dres. Hugo Seleme y Ernesto Garzón Valdez.

Maestría en Derecho Civil Patrimonial
Directores: Profs. Dres. Juan Carlos Palmero y Juan Manuel Aparicio.

Maestría en Derecho de Vejez (primera en su género dictada en Latinoamérica).
Directores: Profs. Dres. María Isolina Dabove y Ramón Daniel Pizarro.

Maestría en Sociología (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados - Facultad de Ciencias Sociales-)

Especialización en Derecho de Familia
Directoras: Profs. Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Elena García Cima de Esteve.

Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Laboral (UNC - UCC - UNL)
Directores: Profs. Dres. Raúl E. Altamira Gigena, Albor Cantard y María del Carmen Piña.

Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Penal (UNC - UNL)
Directores: Prof. Dres. José Milton Peralta, Enrique Buteler y Ricardo Álvarez

Especialización en Derecho de los Negocios
Directora: la Prof. Ab. Cristina Mercado de Sala

Especialización en Derecho Procesal
A cargo de dirección Prof. Dr. Manuel González Castro

Especialización en Derecho Tributario
Director: Prof. Ab. Héctor Villegas Ninci
Subdirector Prof. Dr. Maximiliano Rajjman
Diplomatura en Reformas Procesales.
Directores: de la Prof. Dra. Cristina González de la Vega y del Prof. Ab. Leonardo González Zamar.

Diplomatura en Trata de Personas. Una nueva forma de esclavitud en el Siglo XXI.
Director: Prof. Dr. Ricardo del Barco.

Diplomatura en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Abogada/o de NNyA.
Directores: Prof. Dra. Olga Orlandi, Prof. Ab. Fabián Faraoni.
Directora Ejecutiva Med. Amalia López (Defensora de NNyA de la Pcia. de Córdoba).

Diplomatura en Diplomacia Contemporánea.
Directora: Prof. Dra Graciela Salas

Diplomatura en Derecho Municipal.
Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Norma Bonifacino.

Diplomatura en Derecho de la Seguridad Social y del Trabajo.
Directora: Prof. Dra. Rosa Elena Bosio.

Diplomatura en discapacidad, perspectiva y prospectiva. Enfoque interdisciplinario.
Directores: Prof. Dr. Domingo Sesin y Prof. Dra. Susana Pares.

También podemos citar entre *otros cursos y seminarios*:

- Curso de Posgrado Gobierno, Liderazgo y Gestión Pública – 2º Edición
- Curso de Posgrado en “Comunicación Judicial” coorganizado con el Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Núñez”, Poder Judicial de Córdoba.
- Seminario “Género, Derecho y Violencia” coorganizado con el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - Conicet en el marco del Programa de Estudios e Investigación en Género y Derecho.
- Curso de Posgrado “Relaciones entre el Poder y el Derecho en la Historia Argentina”
- Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica y Social.
- Cursos de Lecto-comprensión de Textos Jurídicos en Idioma Extranjero: Inglés, Portugués, Italiano, Latín y Francés.
- Curso de Posgrado “Relaciones entre el Poder y el Derecho en la Historia Argentina”.
- Seminario “Aspectos Registrales 2021”.

Convenios de cooperación científico-académica

Para fortalecer la calidad académica desde esta Secretaría se han formalizado distintos convenios de cooperación científico - académico, entre los cuales destacamos:

- Convenios de Doble Titulación Doctoral con las Universidades de Bologna (Italia) y Munich (Alemania).
- Convenios Nacionales con los distintos Poderes del Estado Nacional, Provincial y Municipal: así con 1) Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2) Ministerio Público de Defensa, 3) Municipalidad de Córdoba, 4) Municipalidad de Río Cuarto, 5) Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 6) Academia Nacional de Derecho, 7) Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 8) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 9) Fiscalía de Estado, 10) Instituto Sudamericano de Pesquisas (ISPED), 11) Centro de Promoción del Adulto Mayor (CEPRAM), 12) Centro Paraguayo de Estudios de Posgrado (CEPEP), 13) Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, 14) Regional Cuarta Capital del Colegio Profesional de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Córdoba, 15) Escuela de Abogados de Catamarca, 16) Sociedad Argentina de Gerontología y Geriátrica, 17) Universidad de Navarra, 18) Consejo Federal de Notariado Argentino, 19) Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 20) Bolsa de Comercio de Córdoba 21) Polo de la Mujer, 22) Instituto para el Desarrollo de Políticas Estratégicas – Diseñando Ciudad, 23) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 24) Escuela de Abogados del Estado, 25) Asociación Argentina de Derecho Procesal, 26) Cámara Federal (superintendencia de la cuarta circunscripción judicial), 27) Colegio de Abogados de Córdoba, 28) Colegio de Abogados de Villa Dolores, 29) Defensoría de los Derechos de NNyA de Córdoba, entre otros.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332064/ 4332135, email: cgradua@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 09:30 a 13:30 hs. y de 15:30 a 19:30 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar

Actividades en investigación

Ciencia y Técnica

La Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la UNC informa las actividades realizadas e invita a contactarse para informarse de todas las actividades, eventos y apoyos científicos que ofrecen para estimular la investigación científica del Derecho.

En el mes de setiembre se realizó la convocatoria de las *Becas Estímulo a las Vocaciones Científicas* para estudiantes avanzados de grado hasta 30 años de edad (al 31 de diciembre de 2020) otorgadas por el Consejo Interuniversitario Nacional (EVC-CIN).

Desde el día 3 de septiembre al 26 de octubre estuvo abierta la convocatoria 2020 a las becas, las que los becarios adquirirán una experiencia de un año de duración, integrándose a un proyecto de investigación acreditado y financiado de la misma institución en donde estudia, y que cumplan con el plan de trabajo propuesto bajo la guía de un docente-investigador, quien actuará como su director. La *Beca EVC* consiste en el otorgamiento de un estipendio mensual por un período de doce (12) meses, concebido como un apoyo para dedicarse durante doce horas semanales a las tareas y actividades de investigación, que se complementarán necesariamente con el avance de los estudios de la carrera de grado que se realiza.

En el mes de octubre se entregó de la tercera cuota de los proyectos Consolidar 2018 de la SECYT UNC y se presentaron las solicitudes de Incentivos de investigación 2019.

En el mes de noviembre se hizo entrega de la primera cuota de los proyectos Formar, Estimular y Consolidar 2020 de la SECYT UNC.

En el mes de febrero de 2021 se receptaron las postulaciones para el *Banco de Evaluadores del Ministerio de Ciencia y Técnica* donde se postularon ocho Evaluadores.

Desde el primero de abril se encuentra abierta la convocatoria para apoyos económicos de la SECYT UNC, para *Eventos Científicos, Publicaciones y Viajes al exterior*.

La Secretaría invita a contactarse para informarse de todas las actividades, eventos y apoyos científicos que se ofrecen para estimular la investigación científica del Derecho.

Para informes e inscripciones: Caseros 301, planta baja, de lunes a jueves de 10:00 a 15:00hs y viernes de 10:00 a 14:00hs, o por teléfono: 0351-4332011, o por correo electrónico: scytec@derecho.unc.edu.ar. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook en la página Secyt Derecho UNC.

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) organiza distintas actividades de formación y desarrollo en investigación, entre las que se enumeran:

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) organizó durante el segundo semestre del año 2020 distintas actividades académicas, entre las que se enumeran:

Ciclos, seminarios, jornadas y programas institucionales realizados a través de plataformas virtuales

Seminarios

- Democracia y Constitución.

- Autonomía en clave feminista.
- Derecho Cooperativo.
- Políticas públicas de energías renovables.
- Nuevas perspectivas del Derecho Internacional Privado.
- Salud mental y Derecho.
- Amparo de salud.
- Derecho Municipal.

En colaboración con Secretaría de Posgrado:

- Seminario de Género, Derecho y Violencia, conectado al Programa del CIJS sobre Género y Derecho.

Asignaturas optativas

- “Feminismo jurídico”. Prof. Responsable: Dra. Mariana Sánchez.
- “Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva del empleo”. Prof. Responsable: Dra. Alejandra Sticca y Ab. Carla Saad.

Jornadas

- XXI Jornada sobre Experiencias en Investigación: 46 Ponencias inscriptas, trabajo paralelo en tres comisiones -Derecho Público, Derecho Privado, Estudios Básicos-, en Salas de Google Meet.
- III Jornadas Interuniversitarias de Mediación. Coorganizada con las Facultades de Derecho CIJS-UNC, - UCC y UNIV. CAGLIARI-Italia con la presencia de los Decanos de las mismas, Prof. Dres. G. Barrera Buteler, J. Gallino, C. Pilia. • 30 disertantes nacionales e internacionales y la participación de más de 400 profesionales.

Becas y tutorías

- Becas de Pregrado -activas-: 16 en total que conforman la misión principal del programa CIJS de estímulos de vocaciones científicas -otorgamiento de 7 nuevas que se sumaron a las 9 adjudicadas el año 2019-. Constituyen el vínculo fundamental con el dictado de la asignatura opcional.
- Tutorías de Investigación, asignatura opcional ofrecida por el CIJS. Los alumnos 2020, ya conectados con sus tutores/as, se encuentran preparando su proyecto final de la materia, que suele constituir el paso previo a su postulación como becarios.

UNIDAD EJECUTORA

- Publicación del libro “Problemas en torno a la desigualdad. Un enfoque poliédrico” (Llamosas-Lariguet, editores). Vinculado al ciclo Desigualdad y Derecho realizado en 2019, con participación de investigadores del CIJS, IDH e IIPSI. Aportes desde la Ética Política, Filosofía del Derecho, Psicología Política, Sociología, Historia Jurídica.
- Obtención del primer subsidio institucional de Conicet, “Proyectos de Unidades Ejecutoras - PUE”, para desarrollo de investigación sobre “Las políticas públicas para la prevención y erradicación de las violencias sexo-genéricas en la provincia de Córdoba”. Incluye: a) Becas de investigación asociadas al Proyecto. b) Proyectos transversales e institucionales sobre temáticas de relevancia e impacto social y local. Responsable Académico: Dr. Juan M. Vaggione.

Publicaciones

- Publicación Anuario XVIII (convocado en 2019).
- Convocatoria Anuario XIX (ya culminada la etapa de referato de los 29 artículos recibidos).

Puesta en valor del edificio histórico

- Finalización de la obra de reparación del edificio-arreglos estructurales, techo-terrace, tanque de agua, balaustradas, fachada, medidas de seguridad para investigadores, vitrales, humedades y pintura completa del interior y exterior del edificio-.
- Equipamiento y modernización de la tecnología del CIJS.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332059, Caseros 301, Córdoba. Horario de atención: 10:00 a 18:00 hs. Email: cinvestderecho@gmail.com. Más info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook.

Actividades de extensión y relaciones internacionales

La Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad es un importante vínculo de nuestra comunidad académica con la sociedad. A esos fines organiza distintas Jornadas, Seminarios, Congresos y Talleres, Proyectos de Exten-

sión que se materializan a lo largo del año, con la activa participación de instituciones y organizaciones de la sociedad civil.

- Difusión de los *Programas de intercambio en el Exterior Modalidad Virtual*, convocatoria abierta por la Pro Secretaría de Relaciones Internacionales de la UNC para llevar a cabo el cursado de una o dos materias en alguna de las Universidades adheridas a esta modalidad. Universidad de Colima-México- Universidad de Boyacá-Colombia- Universidad de Santo Tomás- Universidad de Passo Fundo- y demás universidades que se adhirió al *Programa Modalidad Virtual*. Esta novedosa modalidad de internacionalización despertó el interés de un nutrido grupo de estudiantes de nuestra Facultad, siendo seleccionados muchos de ellos para cursar virtualmente en estas Universidades.

- Se entablaron propuestas para la firma de convenios con Universidades de diferentes países, como por ejemplo con el Instituto Brasileño de Direito Público (IDP) – Brasilia – Brasil, con la Universidad Pontificia Bolivariana y con la Universidad de Sevilla.

- Se extendieron avales para postulantes a Becas a Programas de Movilidad, tanto de grado como de posgrado.

- Se llevaron a cabo numerosas jornadas y seminarios sobre temas relacionados no sólo al Derecho, sino al contexto social que se vivió durante el 2020 a causa de la pandemia generada por el Covid-19. Los disertantes fueron elegidos por ser expertos en las áreas en las que se trabajó, y las actividades fueron destinadas al público en general, convocando a un gran número de asistentes.

- Se continuó trabajando el *Programa Compromiso Social Estudiantil*.

Para informes e inscripciones comunicarse al teléfono (0351) 4331099, Independencia 258 1° Piso, Córdoba. Horario de atención: 10 a 14 horas. Más info: email: extyri@derecho.unc.edu.ar.

Actividades para graduados

La Secretaría de Graduados tiene como finalidad brindar a los graduados la formación e información permanente necesarias para su capacitación y desarrollo en la vida profesional. Consecuentemente con los objetivos de la función de esta secretaría, se pretende desarrollar capacidades en la interpretación y comprensión de conocimientos jurídicos y multidisciplinarios, dar difusión a las opiniones de expertos, propiciar la articulación de conocimientos, transferencias operacionales y la familiarización con nuevos roles profesionales y científicos, destacando principalmente la capacitación en la práctica profesional del graduado, pero a la vez se busca también capacitar y expandir los conocimientos que imparte esta Secretaría, al mundo de los estudiantes para contribuir a su formación adquiriendo habilidades extras para cuando se inserten en el ámbito profesional. Con ese fin, se receptaron

distintas inquietudes de profesores de la facultad y diversas instituciones que se cristalizaron en la organización de seminarios, cursos y jornadas que en este año se realizaron de manera digital.

Durante el segundo semestre del año 2020, se realizaron las siguientes actividades:

Acoso laboral en los ámbitos del poder

La propuesta fue realizada por el Prof.Dr. Daniel Horacio Brain para la realización de la jornada digital: “Acoso Laboral en los ámbitos de poder”, solicitando su organización por esta Secretaría de Graduados. La misma se llevó a cabo a través de la plataforma Google Meet y participó como disertante el Dr. Osvaldo Samuel. Como Director académico el Prof. Dr. Daniel Horacio Brain y como Coordinadores Académicos los Ab. Santiago Sain, Pedro Yanzi Aspell, Roberto Britos y Dario Fabricio Nirich.

Actualidad de la Ley de Riesgo de Trabajo y las Comisiones Médicas

La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. Daniel Horacio Brain para la realización de la jornada digital: “Actualidad de la Ley de Riesgo del Trabajo y las Comisiones Médicas”, solicitando su organización por esta Secretaría de Graduados. la misma se llevó a cabo a través de la plataforma Google Meet y participo como disertante el dr. Raul Horacio Ojeda. Como Director académico el Prof. Dr. Daniel Horacio Brain y como Coordinadores Académicos los ab. Santiago Sain, Pedro Yanzi Aspell, Roberto Britos y Dario Fabricio Nirich.

Una mirada jurídica e integral hacia dónde va el futbol post pandemia

La propuesta fue realizada por Marcelo Bee Sellares para la realización de la jornada digital, solicitando su organización por esta Secretaría de Graduados. La misma se llevó a cabo a través de la plataforma Google Meet y participaron como disertantes: Andrés Martín Patón Urich, Irene Aguiar, Carlo Rombolá, Ana Dalmasso y Andres Charria. Como Director Académico el Prof. Dr. Maximiliano Rajjman y como Coordinadores Académicos los Ab. Juan Diaz y Marcelo Bee Sellares.

Derecho y Fútbol: Jornada complementaria con una mirada jurídica y práctica del mundo del fútbol

La propuesta fue realizada por la Ab. María Noel Cruz para la realización de la jornada digital, solicitando su organización por esta Secretaría de Graduados. La misma se llevó a cabo a través de la plataforma Google Meet y participaron como

disertantes: Daniel Crespo, Marcelo Benedetto, Andrés Patón Urich, Rafael Trevisian y Juan Pablo Razonicco. Como Director Académico el Prof. Dr. Maximiliano Rajjman y como Coordinadora Académica la ab. María Noel Cruz.

Seminario Formación Básica de Mediadores 2020. “La Mediación desde la práctica a los principios, de los principios a la práctica”

La propuesta fue realizada por la Prof. Elena Cima de Esteve para la realización del seminario digital: “Seminario Formación Básica de Mediadores 2020”. La Mediación desde la práctica a los principios, de los principios a la práctica” solicitando su organización por esta Secretaría de Graduados. El mismo se llevó a cabo a través de la plataforma Samba y participaron como disertantes: la Prof. Ab. Noemí Tamashiro de Higa, el Prof. Mgter. Raúl Álvarez, la Prof. Elena Cima de Esteve, como Prof. invitada Ivanna Bressanini y como colaboradores: Med. Ab. Kyomi Higa, Med. Silvia Capetinich, Med. Cintia Padin Olinik, Med. Verónica María Depetris, Med. Juan Cruz Valcarcel, Med. Lujan D’Adam, Med. Josua Daniele y Med. Emiliano Minassian. El diseño del seminario fue estructurado en tres módulos independientes: introductorio 30 hs, entrenamiento 60 hs. y pasantía 30 hs. El cursado se realizó de manera remota.

Problemas actuales del Derecho Penal Tributario

La propuesta fue realizada por el Dr. José Milton Peralta para la realización de la jornada digital, solicitando su organización por esta Secretaría de Graduados. La misma se llevó a cabo a través de la plataforma Google Meet y participaron como disertantes: el Dr. José Milton Peralta y el Dr. Bruno Rusca. Como Director académico el Prof. Dr. Maximiliano Rajjman y como Coordinadora la es. María Patricia Medina y como moderadora la Ab. Magister Florencia Masini, esta jornada se realizó de manera digital.

Impactos de las nuevas tecnologías y Derecho del Trabajo

La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. Mauricio Cesar Arese en forma conjunta con la cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “A”, la materia “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Cátedra Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo y la Secretaría de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba para la realización de la jornada digital, participaron como disertantes: César Carballo, Cesar Arese y Federico Rosembaum. como Director Académico: Prof. Dr. Mauricio Cesar Arese y como Coordinadores Académicos: David Medina, Pedro Yanzi, Marcela Aspell, Juan Caminos, Jaquelina Cabutto, Natalia González Cabutto, Leticia Celli, Natalia González Boarini, Calixto Angulo, Maira García Lucero y Pablo Ferreyra.

Curso de Especialización en Derecho Inmobiliario- Locación de Inmuebles

La propuesta fue realizada por los abogados Cesar Mariano Briña y Ricardo Nicolás para la realización, en forma conjunta con la secretaría de graduados, con la Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales y la Secretaria de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba para la realización del curso. Participaron como disertantes: Cr. Osvaldo Giordano, Arq. María Eugenia Bielsa, Dra. Claudia E. Salazar, Ab. Mariano Briña, Dra. Valeria Carrasco, Dr. Ignacio Sabiani Zapata, Ab. Ricardo Nicolas, Ab. Nicolas Bergessio, Ab. Mariano Andruet, Lic. Celeste Tauzin, Lic. Pedro Butazzoni y Ab. Mariano Esper. Como Coordinadores Académicos: Ab. Mariano Briña, Ab. Mariano Nicolas, Ab. Juan Díaz y Ab. Pablo Mina Guzmán, y como Directores académicos: Dr. Jorge Edmundo Bárbara, Dr. Maximiliano Rajman y el Dr. Edgardo García Chiple.

Derecho del Trabajo de las mujeres, género y diversidad. Convenio 190 OIT

La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. Mauricio Cesar Arese en forma conjunta con la Cátedra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "A", la materia Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Cátedra Derechos Humanos Laborales-Derecho Internacional del Trabajo y la Secretaría de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba para la realización de la jornada digital. Participaron como disertantes: Andrea Franconi, Gisell González, Jorge y Fabiana Sosa. Como invitada Fabiana Fontana. Como Director Académico: Prof. Dr. Mauricio Cesar Arese y como Coordinadores académicos: Natalia González Boarini, Leticia Celli, Maira García, David Medina, Pablo Ferreyra, Pedro Yanzi Aspell, Jaquelina Cabutto, Calixto Angulo y Juan Caminos.

Seminarios integrados: el reajuste previsional en el contexto actual: trámite administrativo judicial, ejecución de sentencia y procedimientos especiales

La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. Daniel Horacio Brain para la realización del seminario digital, solicitando su organización por esta Secretaria de Graduados. Participaron como disertantes: Ab. Melisa Valeria Marin, Ab. Agustín Nicolas Petrich, Prof. Dr. Anibal Paz, Ab Fernando Matias Viera. El Director Académico del seminario fue el Prof. Dr. Anibal Paz y la Coordinación estuvo a cargo de los Ab. Santiago Sain, Ab. Pedro Patricio Yanzi Aspell, Ab. Roberto Britos. Dicho seminario se llevó a cabo en la plataforma zoom en cuatro reuniones.

Conferencia digital: ciberdelitos

La propuesta fue efectuada por el Prof. Dr. Gerard Gramatica Bosch para la realización de la "Conferencia digital: ciberdelitos", solicitando su organización por esta secretaria de graduados. El Director Académico fue el Prof. Dr. Gerard Gramatica

Bosch, los disertantes fueron el fiscal de instrucción de ciberdelincuencia Franco Pilnik, el Prosecretario letrado de la Fiscalía de Ciberdelincuencia Javier Vellido. La Coordinación Académica estuvo a cargo del Ab. Juan Pablo Rubio. Dicha conferencia se llevó a cabo en la plataforma Zoom.

Programa de capacitación sobre el nuevo Código Procesal Penal

El programa de capacitación se realiza en virtud del Convenio específico de Colaboración entre el Ministerio Público Fiscal de la Nación Argentina y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, la Universidad Siglo 21 y la Federación de Colegios de Abogados de la Provincia de Córdoba. Participan como Directores Académicos el Prof. Dr. Maximiliano Hairabedian por la Facultad de Derecho de la UNC, el Prof. Dr. Cristian Altavilla por la Universidad Siglo 21, el Ab. Carlos Gonella por el Ministerio Público Fiscal y el Ab. Rodrigo Ranz por el FECACOR. Como Coordinadora la Ab. María de los Milagros Ferrer, participando como disertantes: Maximiliano Hairabedian, Javier A. de Lucar, Federico Zurueta, Carlos Gonella, Patricia Soria, Sebastián R. Narvaja, Nicolás Macchione, Carla M. Cerliani, M. Carolina Mauri, Ivana C. Rossi y Marcelo Fenoll.

Conferencia digital: poder tributario y la emergencia

La propuesta fue efectuada por el Prof. Dr. Cristian Altavilla para la realización de la conferencia solicitando su organización por esta Secretaría. Los Directores académicos fueron el Prof. Dr. Maximiliano Rajzman, el Prof. Dr. Cristian Altavilla. La disertación estuvo a cargo de la Prof. Dra. María Gabriela Abalos, el Prof. Dr. Cristian Altavilla y el Prof. Dr. Juan Manuel Álvarez. La Coordinación Académica estuvo a cargo del Ab. Juan Díaz. Dicha conferencia se llevó a cabo en la plataforma Zoom en una sola reunión el día 18 de noviembre en el horario de 17:00 hs a 19:00 hs.

10° Jornadas de Procesal Constitucional

La propuesta fue efectuada por el Prof. Juan Fernando Brügge para la realización, solicitando su organización a la Secretaría. El Director Académico fue el Prof. Juan Fernando Brügge. Los disertantes fueron Juan Fernando Brügge, Hugo Vaca Narvaja, Lorenzo Barone, Matías Berardo, Ricardo Alberto Videla, Fernando Machado, Jorge Orgaz, Victorino Sola, Osvaldo Nuñez, Roxana del Valle Foglia, Lucas Moroni Romero, Marta Vidal, Oscar Puccinelli, Martha H. Altabe Lertora, Tristan Gomez Zavaglia, Alfonso Jaime Martinez Lascano, Bernie Villalba, Jaime Alfonso Cubides Cardenas, Manuel Bermudez Tapia. La Coordinación Académica estuvo a cargo del Dr. Maximiliano Rajzman, Juan Díaz, Roxana del Valle Foglia. Fueron colaboradores Verónica Granada Correa, Maximiliano Costanzo, Darío Nirich.

Mesa redonda: Tributación con perspectiva de género

La propuesta fue efectuada por la Dra. Silvana E. Coronello solicitando su organización por esta Secretaría. La Directora Académica fue la Dra. Silvana E. Coronello. Los disertantes fueron Gladys Vidal, Pablo Garbarino, Miriam Roldan y Silvana E. Coronello y la Coordinación Académica estuvo a cargo del Ab. Juan Díaz. La reunión se llevó a cabo mediante la plataforma Zoom.

Conferencia digital: Derecho Deportivo

La propuesta fue efectuada por el Ab. Juan Pablo Rubio, solicitando su organización por esta Secretaría. El Director académico fue el Dr. Maximiliano Raijman. Los disertantes fueron el Ignacio Conte, Belén Fernández Valiente y Juan Pablo Fassi. La Coordinación académica estuvo a cargo del ab. Juan Pablo Rubio y como moderador Ignacio Carrión. La conferencia se llevó a cabo mediante la plataforma Zoom.

Jornada digital: nuevos desafíos de la abogacía en la era digital y (post) pandemia

La propuesta fue efectuada por la Ab. Sofia Mola, solicitando su organización por esta Secretaría en forma conjunta con la Incubadora de Políticas Públicas. Participan como directores académicos el Dr. Maximiliano Raijman, la Ab. Sofia Mola y el Ab. Fernando Martínez Paz, fueron sus coordinadoras académicas: Ab. Patricia Giuliana Moreno y Ab. Ariadna Cáceres Falkiewicz. Disertaron en la oportunidad, Juan Manuel Fernández López, Fernando Martínez Paz y Carolina Granja.

Se integró el programa de ayudantías año 2020

Los *ayudantes alumnos extensionistas* fueron incluidos en el *programa de la secretaría de graduados*, en el área de gestión administrativa a través de la convocatoria de ayudantes alumnos efectuada por las autoridades de la misma. Ingresaron a partir del mes de febrero, realizando un total de 8 horas semanales con un total de 320 hs cada uno hasta el mes de noviembre, cumpliendo con los objetivos señalados, las pruebas de desarrollo y consolidándose en competencias de gestión administrativa, atención de consultas y requerimientos, uso de protocolos de presentación y de gestión, archivo de documentación, dominio en técnicas de difusión, colaboración en la coordinación digital de los diversos cursos, jornadas y seminarios dictados por plataformas digitales a través de la modalidad home office.

Se siguió trabajando los primeros meses del año 2021 en forma virtual en las siguientes actividades:

III Encuentro Ibero- italoamericano de derecho parlamentario y la XXVI Jornada de interpretación y aplicación de la Constitución

Por invitación del Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Guillermo E. Barrera Buteler, la Secretaría coorganizó junto al Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba y el Instituto de Derecho Parlamentario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Esta actividad académica fue declarada de interés por la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tanto por los temas a tratar como por la calidad de los expositores reconocidos a nivel nacional e internacional.

Seminario Taller de actualización: “Las estrategias y herramientas transformadoras para el maletín”

La propuesta fue realizada por la Dra. Elena García Cima de Esteve, solicitando su organización por esta Secretaría de Graduados.

El Seminario Taller constituye un recurso de formación permanente para los profesionales de las ciencias sociales, para operadores y facilitadores en áreas de acción social y comunitaria, de prevención y resolución pacífica de conflictos, que consideramos imprescindible en situaciones como las que nos comprenden en la actualidad: de confusión, incertidumbre y creciente violencia y malestar comunitario.

El taller orienta sus actividades a la revisión de las estrategias y herramientas básicas para trabajar en comunicación no violenta, con especial mención en la facilitación de procesos: de transformación, de restauración y recuperación pacificadora de las relaciones interpersonales.

Derecho Internacional Privado en debate: temas selectos

La propuesta fue realizada por el Prof. Carlos E. Echegaray de Maussion, Profesor Titular de la Cátedra A de Derecho Internacional Privado, solicitando su organización por esta Secretaría. Este evento académico contó con el auspicio de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), junto con el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) y se diseñó como espacio de debate acerca de algunos de los temas más actuales de la disciplina. Cada jornada se centró en un tema disparador, contando con la participación de dos reconocidos juristas (uno extranjero y otro argentino) y fue moderado por un profesor de la cátedra, propiciando el debate ordenado y la participación activa de asistentes.

Curso de Especialización en Derecho y Coaching deportivo

La propuesta fue realizada por el Ab. Marcelo Bee Sellares, junto a la Ab. María Noel del Huerto Cruz. El curso tuvo por objetivos específicos: enfatizar en la formación académica del ordenamiento jurídico deportivo, como una de las ramas

innovadoras del derecho de las últimas décadas; desarrollar una visión de la práctica profesional desde una perspectiva que abarque el ámbito de aplicación de la materia; sistematizar las normativas aplicables vigentes y sus perspectivas futuras; comprender el procedimiento a seguir según el caso concreto; construir prácticas para la gestión de un desarrollo profesional a través de los trabajos a desarrollar; ampliar redes de contacto mediante dinámicas específicas diseñadas como puentes colaborativos en el desarrollo profesional. Las jornadas se llevaron a cabo mediante la plataforma Zoom.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos (0351) 4332057/58/60 inte. 351, Obispo Trejo n° 242, 2° piso, Córdoba. Horario de atención: 10.30 a 14 horas. Más info: e-mail: graduadosfdyds@gmail.com.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira - DINIZ, Pedro Ivo Ribeiro (Orgs.) AGENDA 2030 Y EL DESARROLLO SOSTENIBLE EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO, Konrad Adenauer Stiftung, EKLA, CEDIN, Belo Horizonte, 2021, 170 páginas.

Esta obra forma parte de un amplio proyecto de cooperación entre el Centro de Derecho Internacional - CEDIN y el Programa Regional de Seguridad Energética y Cambio Climático en América Latina - EKLA de la Fundación Konrad Adenauer (KAS).

En la *Presentación*, Brant y Diniz hacen presente que la obra reúne ensayos de diferentes matices metodológicos y epistemológicos, de inspiraciones teóricas y prácticas plurales que tienen como hilo conductor el declive de la noción de desarrollo sostenible en el contexto latinoamericano. Señalan que la Agenda 2030, es un instrumento de aceptación mundial que ha consagrado el desarrollo sostenible como paradigma para hacer frente a los principales retos contemporáneos de la humanidad. Los 17 objetivos y las 169 metas establecidas se ocupan de cuestiones sociales, económicas y ambientales interrelacionadas que requieren estrategias integradas y, al mismo tiempo, diversas en su enfoque. Es un plan ambicioso que depende, para su consecución, de una articulación transversal en cuanto a su alcance, tanto geográfico (internacional, regional, local) como de los actores involucrados (organizaciones internacionales, gobiernos, sector privado, academia y sociedad civil en su conjunto). Por lo tanto, la organización de este trabajo refleja las características del objeto que se propone investigar. Las contribuciones son multidisciplinarias, con fundamentos jurídicos, económicos, sociales, políticos y biológicos. Los autores se distinguen por su formación, pero también por su origen y su bagaje institucional, lo que permite la vinculación dialógica de diversas experiencias, desde la Argentina hasta México, desde las universidades hasta las Naciones Unidas. Finalmente, los estudios desarrollados en la Primera Parte, hacen sus enfoques desde lo macro, con perspectivas conceptuales y críticas sistémicas; la Segunda Parte va a lo micro, con exitosos informes locales y recortes temáticos específicos.

La *Primera parte* se ocupa de la relación crucial para la consecución de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible por la oposición entre las aspiraciones de sostenibilidad y el determinismo de las fuerzas económicas. Esta primera parte se titula *Agenda 2030 y los caminos hacia el desarrollo sostenible en América Latina - Aspectos críticos y sistemáticos*.

El *primer trabajo*, *Los retos del "Desarrollo Sostenible" en la insostenibilidad* (Roque Juna Carrasco Aquino, Hena Andrés Calderón) se ocupa de las dinámicas socio-territoriales que se presentan en América Latina al menos en las últimas cinco décadas, las que plantean de manera dispersa y contradictoria el desarrollo en dos frentes, tanto para las ciudades como para las economías de la región. En cada pe-

río histórico, se presenta un “desarrollo desigual y combinado” que nos indica el tipo de crecimiento para los distintos tipos de conglomerados poblacionales. En este sentido existen fases espaciales, ambientales, sociales y culturales contrapuestas, identificándose más por las relaciones sociales de producción dominantes interrelacionadas con sus formas ideológicas, especialmente, por la hegemonía del modelo de producción y reproducción capitalista. También observa que crece la polarización en campo y ciudad; manifestándose cada vez más las distancias que separan los pueblos con sus gobernantes. Ello, particularmente en un marco de procesos complejos de desigualdades, heredadas de las políticas neoliberales, el que en la actualidad no disminuye los escenarios yuxtapuestos entre la pobreza y riqueza de las sociedades. He ahí la incertidumbre para hacer frente a la aplicación de políticas “sustentables” en el contexto de las desigualdades.

El *segundo trabajo* trata sobre *Brasil y América Latina en el horizonte 2030: la encrucijada en la implementación de los ODS* (Thiago Gehre, Cíntia Lucena) y considera, en particular, que Brasil se encuentra en una nueva encrucijada, junto con sus vecinos latinoamericanos, marcada por una paradoja entre voluntarismos y aspiraciones *versus* determinismos e intereses egoístas. Observan los autores que esa dualidad se manifiesta en la oposición entre las aspiraciones en el camino de la sustentabilidad y el determinismo de las fuerzas económicas neoliberales, sumados al choque entre percepciones sobre la indisociabilidad entre paz y justicia social, en contraste con la persecución del progreso tecnológico y de la nueva iluminación. El argumento central de este texto es que Brasil y América Latina, al perseguir este horizonte 2030 -marcado por la implementación de los ODS y de la Agenda 2030- se encontraron en una encrucijada de paradojas. Con vistas a lanzar luz sobre esta idea, se divide este texto en tres partes principales. En la primera parte se busca contextualizar los esfuerzos de Cooperación Regional para la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En la segunda, se discute la irrupción del COVID-19 y la política global de los ODS, buscando enfatizar cómo los procesos globales y globalizantes impactan en la región y en sus países. En la tercera parte, se hace una reflexión más detenida del caso brasileño y de cómo se encuentra Brasil en este horizonte 2030. En sus conclusiones, siguiendo a Almeida, recuerdan que el discurso del emprendedurismo, de la meritocracia, del fin del empleo y de la libertad económica como libertad política son diariamente martillados en los noticieros y hasta en los programas de entretenimiento, justificando la intervención represiva del Estado en nombre de la seguridad, pero en realidad, ésta sólo está al servicio de la contención del inconformismo social ante el hundimiento provocado por la gestión neoliberal del capitalismo. Hace presente que la implementación de la Agenda 2030 en Brasil y en América Latina no se trata de un emprendimiento solamente de gobiernos y Estados, sino de la participación y compromiso de todos los agentes políticos, económicos y sociales, permeando gobiernos nacionales y subnacionales; autoridades del ejecutivo, legislativo y judicial; gestores educacionales, universidades, sociedad civil organizada y empresariado.

El tercer aporte, *Agenda 2030 y los dilemas para la consolidación del desarrollo sostenible como objetivo en común en América Latina* (Pedro Ivo Ribeiro Diniz), destaca que, en el caso de América latina, la centralidad de los temas consagrados en la Agenda se confunde con los problemas estructurales históricos de la región. Construir un compromiso regional teniendo al desarrollo social inclusivo como pilar del desarrollo sostenible es la etapa primordial entre los esfuerzos de la puesta en práctica de la Agenda 2030 en América Latina. Sin embargo, la construcción regional de esfuerzos para lograr el desarrollo sostenible choca con entendimientos plurales (en ocasiones, disidentes) de sobre los caminos adecuados para ello. Se trata, por lo tanto, no solo del develamiento de vicisitudes históricamente arraigadas que dificultan el enfrentamiento de los trastornos sociales, económicos y ambientales, sino también la reflexión sobre la relación que tienen los preceptos internacionales actuales con la perpetuación de esos problemas. El “buen vivir” surgió como una concepción regional que se proponía romper con los arquetipos del desarrollo del liberalismo, fundando un modelo “plurinacional, postcapitalista y biocéntrico mediante una concepción “trans-moderna” y “trans-desarrollista” que trasciende los paradigmas del bienestar, como la subsistencia premoderna, el desarrollo moderno y el desarrollo posmoderno”. Recuerda el autor que el desarrollo sostenible es parte del léxico del derecho internacional, estimando que la pregunta central para las cuestiones abordadas en el trabajo, no remiten a su naturaleza jurídica sino a los esfuerzos para lograr su aplicación. Las ventajas de la descentralización, la localización y la pluralización de los procesos de concepción de estrategias para el desarrollo, tienen como

contrapunto el vaciamiento de las construcciones normativas internacionales. Sobre todo, se considera el aspecto que trata “tanto del aumento de la conciencia y del desarrollo de procesos como de la obtención de resultados sustantivos a corto o mediano plazo”. Según Diniz, Sands demuestra cómo, en aquellos temas en que la escala o los efectos de las medidas propuestas no pueden ser alcanzadas solamente a nivel nacional o regional, la acción global resulta necesaria. Las ideas, en lugar de ser un poder material manifiesto, son reconocidas como motores importantes de la política global. La coerción es sustituida por conceptos más atractivos como ciudadanía, democracia y derechos humanos”. Destaca que la Agenda es resultado de un proceso insólito. Más allá de las negociaciones

conducidas por el Grupo de Trabajo Abierto en Objetivos del Desarrollo Sostenible de la Asamblea General (GTA), fueron realizadas innumerables consultas a la sociedad civil, incluyendo once consultas temáticas, ochenta y tres consultas nacionales y una investigación virtual considerada la mayor de la historia de las Naciones Unidas. En lo que se refiere al contenido, considera que los ODS no sólo reafirman los avisos habituales acerca de la necesidad de revisión de los estándares de producción y consumo, sino que también rompen con la idea de que los países del Norte deben solamente aumentar la transferencia de fondos para el desarrollo de los países del Sur. Resulta necesaria una reconfiguración global donde los paí-

ses del Norte reconozcan la responsabilidad que poseen y lo imperativos que son los cambios sustanciales en sus políticas internas y externas. No obstante, siendo considerada como un acuerdo global para la sustentabilidad y la justicia social, la Agenda no carga ambiciones revolucionarias. Considera Diniz que, después de todo, más que la búsqueda de la “sustentabilidad y la justicia social”, se trata de un “acuerdo global”. Señala que, como todo instrumento de esta naturaleza (por nuestra parte (observamos que se trata de una resolución no vinculante, si bien con un aval que permite cargarle peso consuetudinario), se limita a las convergencias viables sin enfrentar las “llagas” más profundas y complejas que subsisten en la sociedad internacional, principalmente desde la perspectiva de países periféricos, históricamente subyugados.

La *cuarta contribución Agenda 2030 y COVID 19: algunas reflexiones sobre las perspectivas del desarrollo sostenible en América Latina* (Christian Salazar Volkmann) estima que todas las proyecciones disponibles actualmente nos indican que el impacto socioeconómico de la COVID 19 en América Latina (es y) será “dramático”. Las cifras varían en cada informe publicado pero la tendencia general es clara y el mensaje de todas las instituciones que trabajan en el ámbito de la cooperación internacional es unísono: la región va a tener que enfrentar la recesión más grande en 100 años con una posible regresión en casi todos los campos de la vida: social, económico, político, ambiental y de derechos humanos. De hecho, la región será la más afectada a nivel mundial en cuanto a las consecuencias. Esa situación afecta fuertemente el entorno para la realización de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS) y la agenda 2030: los efectos negativos de la COVID 19 pueden provocar un retroceso en la implementación de la agenda 2030. Considera el autor que es urgente que estado, sociedad y las organizaciones internacionales de ayuda para el desarrollo cooperen estrechamente para hacer frente a una situación que puede ser muy dañina para las sociedades, poniendo en riesgo su bienestar económico y su estabilidad política, social y ambiental. Señala que una tarea esencial para los próximos años en cuanto a la agenda 2030 es evitar que se produzca una reversión del desarrollo sostenible, los derechos humanos y la participación cívica en América Latina - ni más ni menos. Ello, sobre todo, cuando hace pocos años la región parecía andar por un buen camino: creciendo económicamente, reduciendo la pobreza y la desigualdad, con democracias vivas, procesos electorales pacíficos y con el fin de último conflicto armado en el continente en Colombia. Desde hace varios años, el Latinobarómetro registra una reducción de confianza de la población latinoamericana en los gobiernos y la democracia. Esta insatisfacción de la población con el estado de las cosas ha llegado a un punto remarcable en 2018 - o sea un año antes del complejo 2019 con sus olas de protestas y polarizaciones. En los 23 años que Latinobarómetro ha medido los niveles de confianza de la población latinoamericana nunca se había tenido una percepción de retroceso de las condiciones de vida en sus países tan grande como ahora.

Alrededor del 75 por ciento de la población en 2018 dijo que tenía poca o ninguna confianza en el gobierno. En consecuencia, el apoyo a la democracia en América Latina por parte de la población ha tenido una tendencia a la baja y cayó por debajo del 50% en 2018. Tristemente, el desencanto y la desconfianza con los gobiernos y democracias latinoamericanas son más marcadas en las generaciones jóvenes del continente: “(...) Tenemos evidencia dura que el autoritarismo crece a medida que disminuye la edad. Son los más jóvenes los más autoritarios”. Por eso, la CEPAL urge a la necesidad de un nuevo contrato social en la región: “Se requiere un Estado de Bienestar con base en un nuevo pacto social (fiscal, social y productivo) que incluya la universalización de acceso a los derechos, ingreso básico universal y un sistema de cuidados”. Para ello, las sociedades latinoamericanas pueden valerse de ricas capacidades intelectuales, sociales, artísticas y culturales. De hecho, muchos actores están discutiendo formas de contrarrestar el impacto fuerte del COVID 19 en sus países y comunidades. Es importante abrir foros de dialogo en todos los países para que estas voces y estos pensamientos puedan nutrir los consensos nacionales sobre como ir para adelante. Respuesta inmediata necesaria es la cooperación para el desarrollo en modo de emergencia. Estima que, en lo inmediato hay que hacer todo lo posible para mitigar los múltiples impactos negativos de la pandemia en la población. También, destaca la necesidad de repensar la democracia. Dicha iniciativa podría ofrecer plataformas de discusión para la academia y los políticos, para las autoridades nacionales y locales, el sector privado, para niños, niñas y adolescentes, mujeres, indígenas y afrodescendientes, jóvenes rurales, migrantes, deportados, desplazados, población LGBTI, personas discapacitadas y muchos otros grupos sociales desfavorecidos sobre nuevas formas de interacción entre el Estado y la sociedad que conducen a leyes, políticas y programas que responden mejor a las necesidades de la población, especialmente los grupos más marginados de la sociedad.

La *Segunda parte*, se titula *Los Objetivos del Desarrollo Sostenible en el contexto Latinoamericano -Aspectos intrínsecos y temáticos* y contiene los aportes que señalamos a continuación.

La primera contribución, *Los humedales como instrumento de cooperación en América Latina para el logro de metas de los ODS* (Zlata Drnas de Clément) hace presente que la implementación de los ODS recuerda que la Secretaria Ejecutiva de la CEPAL, Alicia Bárcena, al analizar las proyecciones al 2030 de 20 indicadores de avance en 15 de los ODS en América Latina y el Caribe, manifestó las debilidades existentes para alcanzar las metas de los ODS, en particular, el ODS 6 - elemento esencial, vital y condicionante de la vida humana: el agua, recurso que está en la base de prácticamente todos los demás ODS-, objetivo del que se ocupa este trabajo. Bárcena señaló que es necesario buscar una estrategia para “cooperar en temas que superan los espacios nacionales, acordar nuevos enfoques frente a la desigualdad, la crisis ambiental, migraciones, revolución tecnológica y reducción de los conflictos, que exigen nuevas formas de cooperación multilateral”, aspectos que destaca la autora del artículo, afirmando que los humedales concentran *per se* esa estrategia de cooperación multilateral en

todas sus dimensiones. Siguiendo el orden de la frase de la Secretaria Ejecutiva de la Cepal desarrolla el trabajo, señalando que: **-los humedales superan los espacios nacionales: aun cuando muchos humedales no sean translímites afectan las reservas de agua de otros Estados, su riqueza en peces y aves silvestres, especialmente las migratorias -los peces que nacen en los humedales de un país pueden ser capturados como adultos en los de otro, o en alta mar; la mayoría de las aves acuáticas, migran a miles de kilómetros dos veces al año y necesitan de los humedales de muchos países para descansar, alimentarse y reproducirse-; *-los humedales son un ámbito natural de lucha contra la desigualdad, ya que, históricamente, han sido lugares desdeñados por considerarse fuente de enfermedades, residencia de parias, aspecto que con gran esfuerzo de las Organizaciones No Gubernamentales/ONG (v.g. UICN, IWRB, WWF, BirdLife, entre otras), Estados, pueblos e individuo se está revirtiendo; *-los humedales trabajan para mitigar las crisis ambientales, en tanto poco sitios en el planeta realizan un aporte tan valioso a la crisis del cambio climático y a la pérdida de diversidad biológica como los humedales; por ejemplo, las turberas abarcan solo el 3% de las tierras mundiales, pero almacenan el doble de carbono que el conjunto de toda la biomasa forestal mundial; *-los humedales cumplen un rol relevante en materia de migraciones ambientales, puesto que, por un lado, evitan la emigración de las poblaciones antaño pobres de los humedales mediante desarrollos prósperos en base al aprovechamiento razonable/ecosistémico de su hábitat, y por otro lado, nutren las reservas de agua prestando un apoyo sostenible al aumento de demandas de agua en todos los sectores y áreas, especialmente en los espacios amenazados por la desertificación como consecuencia de la mala gestión del agua, evitando migraciones forzadas por cambio del hábitat; *-los humedales en su gestión aprovechan los avances tecnológicos especialmente adaptados para ellos, así, ya en la década de los '60 del siglo pasado, las ONG que trabajaron en la elaboración de la Convención de Ramsar de 1971 relativa a los humedales presentaron documentos sobre los avances tecnológicos en el manejo de humedales y, especialmente, sobre la conciliación de los progresos científico-técnicos con la conservación de los mismos; estudios y aplicaciones en continuo crecimiento hasta la fecha; *-la regulación internacional de los humedales ha preservado a la humanidad de grandes conflictos en tanto la adecuada gestión de los humedales conforme las normas existentes de gestión razonable-ecosistémica concertada ha contribuido a la descompresión de conflictos por el agua en muchas regiones del mundo. Señala la autora que ha elegido a esa gota de océano entre las 179 metas de los ODS: los humedales, no sólo porque 13 ODS y 75 indicadores de los ODS están relacionados a los humedales, sino en tanto ellos han sido cobijo por milenios de personas pobres, despreciadas por residir en lugares desvalorizados considerados ámbitos propicios a enfermedades y obstáculo para cualquier forma de desarrollo positivo. Recuerda que los humedales por su propia naturaleza son "internacionales" y, además, enlazan riqueza-pobreza, hambre-supervivencia, cambio climático, diversidad biológica, desertificación, agua, ambiente sano, alimentación, salud, bienestar, producción y consumo equilibrados, y, por sobre todo, necesaria cooperación transfronteriza.*

En *segundo trabajo* de esta segunda parte *Ciudad Compacta y Sustentabilidad* (Daniel Gaio) señala que hablar de sustentabilidad presupone realizar un análisis previo acerca de la ideología del intérprete, así como identificar qué intereses políticos y/o económicos están en juego. Son tan diversas las interpretaciones acerca de la sustentabilidad que se torna real el riesgo de su banalización, lo que contribuye al sentimiento de desconfianza acerca de sus variadas apropiaciones. A modo de ejemplo, se cita la instrumentalización del discurso ambiental para la remoción de los pobres. Ese escepticismo por parte de algunos solamente evidencia lo que ya sucede en otros dominios del conocimiento, donde contenidos con significados potentes están sujetos a disputas de narrativas, exigiéndose cada vez más que expliciten cuáles son los actores sociales y los respectivos valores que fundamentan las posiciones adoptadas. En ese sentido, se entiende que la noción de sustentabilidad implica una interrelación necesaria entre justicia social, calidad de vida y equilibrio ambiental. Según el autor, el panorama no es diferente cuando se analiza la sustentabilidad urbana, donde, por un lado, indicadores e índices de evaluación muestran al mundo que una ciudad es sustentable, inteligente, pero se omite señalar quiénes disfrutaban de esas cualidades, o mejor dicho, quienes no las disfrutaban. La definición de la metodología de evaluación es crucial en relación a los resultados, como, por ejemplo, la inclusión de la pregunta ¿“sustentabilidad para quién”? Además, se pregunta ¿Por qué la ciudad compacta es sustentable? Al respecto, señala que, aun cuando que se pueda deducir el significado de la ciudad compacta por su sentido literal, hay algunas características que merecen ser destacadas, entre ellas, la mayor densidad y mejor aprovechamiento urbanístico de los espacios, posibilitando la optimización de la infraestructura instalada y del acceso a los demás espacios urbanos. Por el contrario, en la ciudad difusa o dispersa, su mayor horizontalidad en la utilización del territorio urbano exige redes de infraestructura más extensas, la asignación de instalaciones públicas de modo más fragmentado, además de ocasionar un mayor desplazamiento intraurbano -e incluso una mayor utilización de automóviles-. Los efectos ambientales derivados de la “ciudad difusa” son evidentes, ya que esta forma urbana implica mayor consumo energético, que se disipa en forma de calor y de polución atmosférica. Hace presente que muchos impactos ambientales no se circunscriben al lugar en que son producidos, ocasionando implicaciones globales y duraderas como el efecto invernadero, la destrucción de la capa de ozono, los cambios climáticos y la destrucción de la biodiversidad. La dispersión de las ciudades genera un uso masivo de combustibles fósiles, afecta el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado para las actuales y futuras generaciones. Además de toda la cadena ambiental que involucra la producción de los materiales para la construcción de la ciudad, la quema de combustibles fósiles resultantes de un mayor desplazamiento urbano propicia el aumento de la polución atmosférica. En su conclusión afirma que no hay como ignorar los daños causados por el modelo de ciudad extendida al Orden Urbanístico, y en un sentido más amplio, al planeta.

Las ciudades latinoamericanas acumulan un inmenso pasivo social y ambiental, y la no implementación de la ciudad compacta contribuye significativamente al desequilibrio ecológico y al aumento de las desigualdades sociales. La insustentabilidad de un modelo de expansión urbana innecesaria también afecta la notoria limitación presupuestaria para la consecución de las funciones estatales, volviendo todavía más difícil la provisión adecuada y justa de los beneficios urbanísticos por parte del Poder Público.

El tercer trabajo -y último- se ocupa de *La agenda 2030 y las posibilidades de acción en la educación superior* (Gladys Graciela Garrido) desde el epígrafe, en el que cita a Nelson Mandela, pone carril al desarrollo de su contribución: “*La eliminación de la pobreza no es un gesto de caridad. Es un acto de justicia. Es la protección de un derecho humano fundamental, el derecho a la dignidad y a una vida decente*”. Recuerda que la Agenda 2030 posee 17 Objetivos y 169 metas que abarcan temas ambientales, de bienestar, económicos y sociales y representan un llamado universal a la acción para acabar con la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad. Estos objetivos abordan desafíos mundiales cruciales para la supervivencia de la humanidad, fijan los límites ambientales y los umbrales críticos para el uso de los recursos naturales y reconocen que la erradicación de la pobreza debe ir acompañada de acciones que fomenten el desarrollo económico. Estos 17 objetivos no son cuestiones independientes, son aspectos interrelacionados y que se refuerzan mutuamente. Es así que los objetivos están vinculados entre sí en ejes denominados: Planeta, Prosperidad, Paz, Personas y Alianzas. Los temas ambientales de la Agenda tienden a promover acciones individuales o colectivas tendientes a garantizar la disponibilidad de agua y saneamiento segura; energía asequible; ciudades inclusivas y sostenibles. Asimismo, llama a actuar en forma inmediata sobre los efectos del cambio climático; a utilizar en forma sostenible los recursos acuáticos y a proteger los ecosistemas terrestres. Considera la autora que la Educación Ambiental es un instrumento clave para el logro de los ODS. La educación puede y debe contribuir a una nueva visión de desarrollo mundial sostenible. Para crear un mundo sostenible se requiere transformar nuestra forma de pensar y actuar, los individuos deben convertirse en agentes de cambio. Se necesita conocimientos, habilidades, valores y actitudes que los empoderen para tomar decisiones conscientes y responsables en aras de la integridad ambiental, viabilidad económica y de una sociedad justa para las generaciones presentes y futuras. La educación ambiental es una educación transformadora en primer lugar de sujetos, los que a través del conocimiento y de acciones pueden transformar a la sociedad en pro de un bienestar común. En sus reflexiones finales, sostiene que el mundo del que formamos parte, es cada vez más complejo y diverso, y que la cultura globalizada preponderante nos imponen estilos de vida que son el resultado de modelos de desarrollo que ponen en riesgo la integridad de los ecosistemas. Entiende que, en este contexto, se hace cada vez más necesario una educación que incida sobre la transformación cultural, particularmente, si queremos ser parte de una educación

para la sostenibilidad. Recuerda que, en las recomendaciones de las conferencias internacionales sobre el ambiente “se insta a la humanidad a replantear el concepto de desarrollo y a los individuos, en particular a reajustar sus propios esquemas de prioridades, dando cabida en ellos al compromiso con el medio ambiente y con el resto de la población mundial”. La educación ambiental se convierte así en un poderoso instrumento para la transformación social. La Educación Ambiental es un campo de intervención político pedagógica que impulsa procesos educativos integrales orientados a la construcción de una racionalidad ambiental, en la cual distintos conocimientos, saberes, valores y prácticas ambientales confluyen y aportan a la formación ciudadana y al ejercicio del derecho a un ambiente sano, digno y diverso.

Es también un proceso que defiende la sustentabilidad como proyecto social, entendiéndolo que implica un desarrollo con justicia social, distribución de la riqueza, preservación de la naturaleza, igualdad de género, protección de la salud, democracia participativa y respeto por la diversidad cultural. La integración exitosa de los principios de la sostenibilidad y de los ODS a través de diversas actividades de extensión en la educación superior dependerá de prácticas reflexivas que ponderen nuestra visión socio cultural y la percepción que tenemos del mundo. Estima que la década de la acción para los ODS requiere de esfuerzos coordinados, de cooperación, para el desarrollo de actividades económicas intensivas en conocimiento que estimule la productividad y de lugar a transformaciones políticas de la región, empoderando a los jóvenes para permitir la transición de la escuela al mundo del trabajo y dándoles herramientas para construir el futuro al que aspiran. Para ello los esfuerzos deberán orientarse a fortalecer el sistema educativo y promover la formación y la capacitación continuas; a combinar la enseñanza en las aulas con la capacitación en el empleo a fin de preparar mejor a los jóvenes para el mundo del trabajo. Así como crear programas de competencias que respondan mejor a las necesidades del mercado. Desde la reflexión de las actividades desarrolladas rescatamos observaciones primordiales: en primer lugar, el descubrimiento del escaso abordaje de los ODS en el sector educativo tanto formal como no formal que motive a la acción y por otro lado, la importancia del rol socio comunitario de la Universidad en la transmisión de conocimientos y saberes a través de la extensión. Es necesario mejorar la difusión y la repercusión de las metas de los ODS y acelerar las acciones de los Estados, del sector privado y de las organizaciones que componen el tercer sector, como por ejemplo las organizaciones no gubernamentales. Recuerda que aún queda mucho por hacer a los efectos de que el principio “No dejar a nadie atrás” no sea simplemente un conjunto de datos e indicadores, sino la plena y efectiva movilización de recursos financieros y de alianzas a través de la cooperación Sur-Sur, que permita la implementación y seguimiento de la Agenda 2030.

Esta multifacética obra de la Fundación Konrad Adenauer-EKLA y CEDIN es accesible en texto completo en <https://www.kas.de/documents/273477/11528179/AGENDA+2030+Y+EL+DESARROLLO+SOSTENIBLE+EN+EL+CONTEX->

TO+LATINOAMERICANO.pdf/d2122f27-9a5f-46b8-6156-1094dbbc5daf?version=1.0&t=1612290620466 y amerita ser leída con cuidado en tanto permite comprender los hitos esenciales de los objetivos de la AGENDA 2030, en particular, desde la percepción latinoamericana.

Redacción Revista
(Universidad Nacional de Córdoba)

CORTÉS MARTÍN, José Manuel - RUIZ YAMUZA, Florentino-Gregorio (Coords.)
*Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea, Dykinson, Madrid, 366 páginas*¹.

Es ya muy abundante -y de alta calidad- la bibliografía sobre instrumentos de cooperación penal en el marco de la Unión Europea. Sin embargo, no sólo la introducción de nuevos instrumentos, sino también el ajuste todavía no logrado de los existentes sistemas jurídicos afectados, justifican -como de inmediato podrá comprobarse- la necesidad de una constante aportación científica.

El catedrático de la Universidad de Granada y Letrado del TJUE, Manuel López Escudero, parte en su artículo de la pregunta: ¿puede un juez nacional plantear al TJUE una cuestión prejudicial sobre interpretación de las normas europeas de armonización en materia de garantías del proceso penal, protección de víctimas del delito o tipificación y sanción penales, en un litigio sin elemento transfronterizo alguno? Tras constatar la respuesta afirmativa de la jurisprudencia europea, el autor advierte de dos consecuencias: un incremento de las cuestiones prejudiciales planteadas por jueces nacionales en litigios penales puramente internos, con la consiguiente carga de trabajo para el TJUE, y la entrada en juego, como criterio de resolución de tales cuestiones prejudiciales, de los arts. 47 a 50 de la CDFUE. También da cuenta de cómo la UE, a partir de una base jurídica (art. 82.3 TFUE) pensada “sólo” para incrementar la confianza mutua en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, favoreciendo el reconocimiento mutuo en situaciones jurídicas transfronterizas, está armonizando, de hecho, el Derecho penal y, sobre todo, procesal penal de sus Estados miembros.

Otra pregunta nos permite abordar el segundo ensayo, a cargo del catedrático de la Universidad Pablo de Olavide, José Manuel Cortés Martín: ¿puede un juez nacional denegar el reconocimiento de una euroorden si desconfía del respeto en el Estado emisor de los derechos fundamentales del detenido, pese a que no existe un motivo expreso de denegación que así lo autorice? El TJUE responde afirmativamente, configurando, de este modo, un *orden público europeo*. Pero, nos dice el autor, este orden no coincide con el *orden público nacional* alumbrado por algunos

(1) Recensión preparada para la Revista Electrónica de Estudios Internacionales REEI 2020.

tribunales constitucionales de los Estados miembros, susceptible de frenar las órdenes de entrega en un mayor número de supuestos. La insatisfactoria solución a tal colisión intersistémica mediante la aplicación rigorista de los principios de primacía, unidad y efectividad y la también insuficiente excepción de identidad nacional, llevan al autor a abogar por una comprensión más profunda y aquilatada tanto de los citados principios como de los de confianza y reconocimiento mutuo y a formular propuestas *de lege ferenda*.

Precisamente, a un intento de comprensión profunda de los principios se dedica el tercer estudio, del profesor de la Universidad de Granada, Pablo Martín Rodríguez, quien trata de desentrañar las corrientes de fondo que agitan las aguas de la cooperación penal, aislando, como principal factor causal, un axiomático principio de confianza mutua, formalmente invocado, pero realmente desconectado del reconocimiento mutuo. Así lo demostrarían tres procesos paralelos. Uno, los continuos esfuerzos armonizadores del legislador europeo expresamente motivados en la insuficiencia de la confianza mutua. Dos, la diferente operatividad, en los distintos instrumentos de reconocimiento mutuo, de la vulneración de derechos fundamentales como causa de rechazo del reconocimiento. Y, tres, la “automutilación jurisdiccional” por la que el TJUE niega que la pérdida de confianza en el sistema jurídico de un Estado miembro (Polonia) sea razón en sí misma bastante para denegar la ejecución de una euroorden. El profesor sugiere que esta clarificación conceptual debe trasladarse al razonamiento del TJUE y a la normativa de la UE.

La Fiscal italiana y experta nacional destacada en el Consejo Europeo, Carmen Giuffrida, se ocupa en el cuarto artículo de estudiar tres mecanismos de reconocimiento mutuo. Dos tienen su centro de gravedad en la reinserción del condenado: el de reconocimiento de resoluciones que imponen penas u otras medidas privativas de libertad y el de reconocimiento de resoluciones que imponen sanciones alternativas a tal privación o que acuerdan la suspensión condicional de las mismas. El tercero es el reconocimiento de resoluciones que imponen medidas cautelares personales, sean o no privativas de libertad, verdadera alternativa a la euroorden al servicio del principio de proporcionalidad y en el que también representa un papel el principio de reinserción.

Ya en el ecuador del libro, toca el turno al ordenamiento jurídico español de la mano de la Fiscal de la Audiencia Nacional, Ángela Gómez-Rodulfo de Solís, quien analiza la Ley 23/14, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en el ámbito de la UE. Expone exhaustivamente sus antecedentes en la legislación española, las normas europeas que traspone, las modificaciones de que ha sido objeto, estructura de la norma, autoridades competentes en España para la transmisión y ejecución de cada una de las resoluciones reguladas y, muy pormenorizadamente, las causas comunes de denegación del reconocimiento, con cita de la jurisprudencia del TJUE y de la AN.

En el sexto artículo del libro, el Magistrado del Juzgado de Instrucción n.º 4 de Móstoles, Pablo Rafael Ruz Gutiérrez, muestra los límites de la confianza mutua en el funcionamiento real de la euroorden. Su trabajo tiene tres partes. En la primera, valiéndose del *case method*, analiza en profundidad las euroórdenes emitidas por el TS español para la detención y entrega de ciertos investigados por la consulta independentista de Cataluña, siguiendo su *iter* procesal, tanto en España como en Alemania y en Bélgica. Su estudio pone en evidencia la quiebra del principio de confianza mutua reflejada en la interpretación –rigorista y errada–, de dos causas de denegación del reconocimiento: defecto formal de la euroorden y ausencia de doble incriminación.

El Magistrado de la AP de Huelva, Florentino-Gregorio Ruiz Yamuza, analiza en su investigación –séptima de la obra– la relevancia heurística del concepto de “crisis sistémicas”, cuyo origen rastrea en la jurisprudencia tanto del TEDH como del TJUE. La confluencia de la jurisprudencia de ambos tribunales, sea al identificar los derechos susceptibles de ser afectados por una euroorden (derechos en expansión en la jurisprudencia del TJUE), sea al fijar los criterios que permiten determinar el riesgo de vulneración de derechos fundamentales por razón de la entrega del detenido en ejecución

Retos actuales de la cooperación penal en la Unión Europea de la euroorden (habiendo reconocido el TEDH la doctrina de la protección equivalente de los derechos fundamentales en los sistemas del CEDH y de la CDFUE y una presunción *iuris tantum* en favor del respeto al CEDH en los sistemas jurídicos de los Estados miembros), no impide al autor evidenciar que la noción de crisis sistémica no ha sido acogida por el TEDH como criterio de análisis, dejando, en cambio, una puerta abierta a que sea el propio TJUE quien la matice en el futuro.

A los cuatro instrumentos de reconocimiento mutuo ya estudiados se suman –gracias a este octavo trabajo cuya autoría corresponde al Fiscal de Cooperación Internacional de Sevilla, José Manuel Rueda Negri– otros cuatro instrumentos: reconocimiento mutuo de resoluciones penales de decomiso, de imposición de sanciones pecuniarias, de embargo y la orden europea de investigación (OEI). En relación con la OEI, el autor analiza aquellos aspectos que su propia práctica revela problemáticos, utilizando para ello las fuentes legales europeas y españolas, el *soft law* relevante, la jurisprudencia del TS y del TEDH y las diversas fuentes de conocimiento ofrecidas por la Red Judicial Europea (fichas belgas, atlas judicial europeo y otros), así como su propia experiencia profesional.

El análisis de la orden de investigación iniciado en el trabajo anterior se continúa en el noveno artículo del libro, producto de la coautoría del Fiscal Jorge Ángel Espina Ramos y la magistrada María del Carmen Poza Cisneros, miembros de Eurojust. Este trabajo se divide en dos partes. La primera se ocupa de aspectos del régimen y funcionamiento general de la OEI que resultan problemáticos, sea por su dificultad interpretativa (la coexistencia de la OEI con otros instrumentos

de cooperación, la vigencia del principio de especialidad), sea por su deficiente aplicación por los Estados (el régimen lingüístico), sea por las peculiaridades de la transposición a nuestro sistema (las autoridades españolas de emisión, *recepción* y ejecución o el sistema de recursos). La segunda parte del estudio se ocupa de la declaración por videoconferencia, analizando su procedimiento y algunos de los problemas que genera.

Las Juezas croatas Ivana Bujas y Tanja Pavelin afrontan en su artículo el último de los diez retos propuestos en esta obra, analizando una nueva perspectiva del principio de confianza mutua en la euroorden. Esta es normalmente considerada como la confianza del Estado de ejecución en las garantías jurídicas ofrecidas al detenido por el de emisión. Las autoras analizan aquí otra perspectiva: la confianza de la autoridad de emisión en que el Estado de ejecución no protege al detenido más allá de lo que autoriza el Derecho de la Unión; la cuestión prejudicial permite en este caso que el tribunal de emisión clarifique el funcionamiento regular del reconocimiento mutuo y permitiéndole mantener activa la euroorden –para el mismo u otros Estados miembros– si esta no ha sido resuelta debidamente, o retirarla en caso contrario. Para explorar este enfoque, las autoras analizan la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal del Condado de Zagreb (Croacia) –en el que sirven como juezas– como autoridad de emisión de la euroorden, admitida y resuelta por el TJUE en sentencia de 28 de octubre de 2018 (asunto AY).

Sin perjuicio del planteamiento y resolución de los diez retos específicos propuestos por sus autores, la variedad de los temas y enfoques adoptados, el método riguroso elegido en cada caso para su estudio, así como las numerosísimas referencias normativas, jurisprudenciales y bibliográficas, hacen de esta obra un actualizado, documentado y exhaustivo *status quaestionis* de la cooperación penal en la Unión Europea en 2020.

Miguel Ángel Ruiz Albert
(Universidad de Huelva)

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata. *Los Paradigmas Ideológicos y la Concepción del Derecho Internacional*, Editorial Advocatus, Córdoba, mayo 2020, 171 páginas.

La jurista Zlata Drnas, con su conocimiento integral del derecho, nos hace llegar en esta oportunidad una contribución de doctrina jurídica en estado puro, un ámbito en el que convergen el derecho internacional y la teoría del derecho. En los *Aspectos introductorios* la autora describe el concepto de paradigma ideológico en el Derecho internacional, distinguiendo entre ideología y paradigma. Los *paradigmas normativos* pueden ser particularistas, si requieren una sociedad homogénea, o universalistas, que consideran el conflicto como un motor de cambios sociales. En esos escenarios opuestos se inserta el sistema jurídico de la comunidad internacional,

un orden normativo elemental pero suficiente para la comunidad de Estados actúe como un sistema cerrado interno.

La Carta de las Naciones Unidas inaugura una nueva etapa, que inscribe a la comunidad internacional en el constitucionalismo internacional basado en un ideal de convivencia aglutinado bajo principios universales comunes. La profesora Drnas analiza luego las teorías del Constitucionalismo Internacional y Global, el Derecho Administrativo Global, el Pluralismo Global, el Pluralismo interpretativo, el Progresismo Transnacional, el Pluralismo Radical, las escuelas racionalistas y agnósticas, las corrientes de la dogmática jurídica y las doctrinas de la sociología jurídica. Es importante destacar además el abrumador material incluido por la Profesora Drnas en las referencias.

A partir de allí se desarrolla la parte más extensa de la obra, que describe los paradigmas normativos y aborda el Constitucionalismo en general, el Constitucionalismo Internacional, el Constitucionalismo Global y el Derecho Administrativo Global. El Constitucionalismo Internacional tiene raíces en Verdross y en Lauterpacht, que perciben un orden universal orientado a la paz y la justicia que considera el derecho como orden jurídico, concepción representada actualmente por el sistema de Naciones Unidas y convalidada por la Corte Internacional de Justicia y por autores como Bruno Simma y Bardo Fassbender con sus propios matices. El Constitucionalismo Global distingue algunos ámbitos que abordan problemas globales cercanos a un “dominio jurídico global,” favorecido por los medios digitales, como también el comercio internacional, que erosionan finalmente el principio de soberanía y llevan a la fragmentación del derecho internacional, aproximación debatida en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Como bien destaca la autora, se trata de enfoques actuales que reconocen antecedentes conceptuales en autores como George Scelle. El Proyecto “Global Constitutionalism and Global Governance” dirigido por Anne Peters, o el del Derecho del Futuro, así como el que analiza el derecho público o administrativo global, derivado de organizaciones internacionales u organizaciones híbridas que cumplen funciones públicas, como la que establece las normas ISO (Organización Internacional de Normalización), se inscriben en este ámbito.

A continuación, la autora analiza los *paradigmas orientados a la política y a la sociología*. Allí se ubica el Pluralismo Jurídico Global, que describe la interacción de normas jurídicas compartidas por distintos órdenes jurídicos y diferentes jurisdicciones nacionales y aplicadas por tribunales nacionales y transnacionales. Se describen luego algunas de las “Corrientes orientadas predominantemente a la Política”, en las que el derecho es un proceso y no un producto. Hay dos corrientes que se destacan en esta vertiente, la Escuela de Yale o de New Haven, expuesta principalmente por Myres S. McDougal y Michael Reisman y la Escuela de Harvard, orientada al pragmatismo, que también considera el derecho como un proceso y no como un conjunto de normas.

Por último, la autora nos guía por las *Corrientes orientadas predominantemente a la Sociología*, tal el Pluralismo Interpretativo o Judicial Law Making, que coloca a la interpretación judicial en un protagonismo creativo, examinando de manera lúcida decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque es subjetivo diferenciar entre interpretación y creación de una nueva norma, enfoque calificado como “activismo judicial”. La profesora Drnas se ocupa en esta última parte del Progresismo transnacional o Pluralismo radical, contrario a la persistencia de las actuales instituciones internacionales; se sumerge en el concepto de Critical Legal Studies, que incorporan al derecho la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt, vinculada al deconstructivismo de Jacques Derrida y termina describiendo el Constitucionalismo Global Orgánico, que comparte la orientación del pluralismo radical sociológico y se aleja por lo tanto del constitucionalismo.

Esta publicación de la profesora Zlata Drnas nos proporciona un conciso y profundo panorama general de las corrientes doctrinarias actuales del derecho internacional y, más aún, nos brinda el placer de hacerlo mediante una prosa refinada y precisa que resalta la calidad de su contenido. Bienvenido este aporte científico que enriquecerá a todos aquéllos interesados en el estudio, la enseñanza, la aplicación y la investigación del derecho internacional, una disciplina jurídica que va más allá de las normas para insertarse en el ámbito multidisciplinario de la sociología, las relaciones internacionales y la política internacional. Sin ninguna duda, una lectura no sólo recomendable sino necesaria. Es de acceso libre en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/06/LOS-PARADIGMAS-IDEOL%C3%93GICOS-drnas-de-clement.pdf>.

*Lilian del Castillo de Laborde
(Universidad Nacional de Buenos Aires)*

GRAFEUILLE, Elías Germán - DIAZ CAFFERATA, Santiago. *Amparo Ambiental*, Ediciones Jurídicas, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2021, 524 páginas.

El libro constituye un minucioso trabajo a través del cual los autores han desmenuzado el proceso de amparo ambiental en doce capítulos.

En el primer capítulo se ubica conceptual y normativamente al ambiente como objeto de tutela. Se define al ambiente, haciendo un breve repaso sobre distintas etapas del ambientalismo, como así también se explican las características de este bien colectivo y las de su daño. Y en este mismo sentido descriptivo, antes de precisar las normas del derecho internacional y nacional, se remonta a los orígenes de este nuevo derecho, señalando hitos anteriores a Estocolmo (1972).

El capítulo II explica los principios que rigen esta rama del derecho y que de manera expresa los recepta la Ley General del Ambiente en su art. 4º, como reglas de interpretación y aplicación de toda norma que ejecute la política ambiental.

En el tercer capítulo titulado “filosofía ambiental” se describe las distintas visiones y la evolución hasta llegar al paradigma actual del geocentrismo.

Luego de esta introductoria e importante base teórica que brinda la obra, a partir del capítulo IV comienza una aproximación hacia la vía procesal que da nombre a libro. En esta parte, los autores, precisan los elementos o requisitos de la intervención de los magistrados, a la vez que destacan las normas formales y materiales que rigen el proceso ambiental. Describen y analizan el rol del juez en este tipo de procesos desde las normas del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación, y desde la naturaleza de los derechos e intereses en juego.

El capítulo V se centra ya sobre la acción de amparo ambiental como especie del amparo genérico regulado a través de la ley que fuera dictada como consecuencia de los casos “Siri” y “Kot” de nuestro Máximo Tribunal Federal. Vale decir, los autores explican su concepción de la acción de amparo ambiental no como una especie de amparo distinta de la figura clásica, sino en la medida de la aplicabilidad de las normas de la añeja ley. Por eso es que afirman que la alusión del art. 30 de la Ley 25675 al amparo, lo es en relación *“a la acción ya instaurada por la ley 16986 y no está creando una figura nueva, desde el momento que no hay un régimen novedoso, sino una mera remisión al ya vigente”* (p. 200).

En virtud de la naturaleza colectiva del bien objeto de protección a través de esta vía procesal, esto es, el ambiente, en el mismo capítulo, Grafeuille y Díaz Cafferata abordan institutos del derecho procesal clásico como el impulso de parte o caducidad de instancia. En este sentido, analizan si éstos pueden encontrarse en el proceso ambiental, y más precisamente, en el amparo ambiental.

Asimismo, sin perder de vista el objeto de estudio, pero siendo que la acción de amparo constituye, al menos en la teoría, una vía expedita y rápida, comparan esta garantía procesal con otros medios judiciales, tales como la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, y las medidas cautelares urgentes.

Coherentemente a la concepción de los autores sobre esta herramienta para hacer efectivos derechos fundamentales, los elementos y requisitos previstos en los arts. 1º y 2º de la Ley 16986, son el eje del capítulo VI. Dicho de otro modo, en esta parte del libro se analiza detalladamente cuándo procede la acción de amparo y en qué supuestos resultaría inadmisibles.

El capítulo VII tiene por objeto el análisis de la legitimación tanto activa como pasiva. Pero es de destacar el estudio detallado, que propone la obra, de la legitimación que surge de acuerdo a la afectación de los derechos que motivan la acción de amparo. De esta manera, los autores examinan la legitimación activa individual surgida de daños estrictamente particulares como consecuencia de un daño ambien-

tal indirecto o *par ricochet*. Y dentro de esta categoría de daños, la posibilidad de las acciones de clase en el proceso ambiental. Desde otro costado del daño ambiental, ubicándose desde lo estrictamente colectivo, esto es, el daño ambiental de incidencia colectiva, o daño ambiental propiamente dicho, se indagan las distintas personas facultadas constitucional o legalmente para accionar a través de esta herramienta procesal, en defensa del ambiente. Luego de estudiar las alternativas en torno al polo contrario, en este capítulo encontramos además otros sujetos procesales cada vez más comunes en los procesos ambientales de incidencia colectiva: los terceros, el Ministerio Público Fiscal, el defensor de menores e incapaces y los *amici curiae*.

En el capítulo VIII los autores se ocupan de un aspecto fundamental a la hora de estudiar una vía de acceso a la justicia, y que tiene que ver con determinar qué orden de gobierno será competente para resolver judicialmente este tipo de instancias. Se comienza entonces con una diferenciación entre la competencia ordinaria y federal, para luego ir precisando y brindando supuestos de esta competencia de excepción en razón de la materia, de las personas, territorio, e interjurisdiccionalidad del daño ambiental.

En el capítulo IX encontramos todo lo referido a la tramitación de la acción de amparo ambiental. Comienza, lógicamente, con el escrito inicial de demanda, y lo que éste debe contener. Esto es, el objeto, la precisión del accionado, y el ofrecimiento de prueba. Continúa con el derecho de defensa del demandado a través del descargo previsto en el art. 8 (Ley 16986), y los distintos supuestos que puedan darse en torno a que no conteste la demanda o si ésta es contestada, o si la causa es de puro derecho o se abre a prueba. En este caso, los autores precisan las particularidades de la prueba en la ley de amparo y en los procesos ambientales. Los recursos, también se abordan en este capítulo, en aquello referido a las resoluciones que pueden impugnarse, los plazos de interposición, los efectos de los recursos. Se destaca también el repaso que hacen los autores por etapas o incidentes que puedan darse durante la sustanciación de este proceso, tales como las defensas que puedan articularse, las audiencias, medidas cautelares, las notificaciones, aportes judiciales y beneficio de litigar sin gastos.

El capítulo X constituye una especie de paréntesis en relación al objeto de estudio de la obra. Es decir, podría leerse como una continuación de los capítulos V o VI, ya que gira en torno al derecho a la información pública ambiental y a la acción de amparo ambiental como vía procesal para hacer efectivo tal derecho. Se destaca este capítulo ya que, estudiándolo con los anteriormente referidos, importaría dejar en claro que la acción de amparo ambiental no sólo procede en caso de daño ambiental -actual o inminente-, sino también para hacer efectivo el derecho a la información pública ambiental.

El capítulo XI es abordado partiendo de la naturaleza del derecho en juego cuya tutela se persigue a través de esta vía procesal. Esto es, el ambiente como bien colectivo. Encontramos entonces en este anteúltimo capítulo, exposición de

visiones doctrinarias referidas a la participación, análisis de principios que rigen la materia ambiental, que necesariamente se trasladan al proceso, y el análisis de la ley fundamental de presupuestos de protección ambiental que esboza una especie de proceso colectivo (art. 30, Ley 25675).

El último capítulo lo dedica a la sentencia, como modo normal de resolver el proceso. Siguiendo la visión de los autores, aquí también, éstos encaran la sentencia desde lo establecido en la ley nacional de amparo, pero lógicamente desarrollan la sentencia ambiental y sus particularidades. Además, explican las costas y honorarios en estos procesos, como así también la posibilidad de encontrarnos con los modos anormales de culminación del proceso. Finaliza el capítulo con los efectos de la sentencia en relación con otros procesos.

Para finalizar y comprender la importancia del aporte de Elías Germán Grafeuille y Santiago Díaz Cafferata a través de la presente obra, como complemento para integrar los conocimientos brindados por los autores, el libro termina con un completo índice de fallos y resoluciones sobre la temática de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y de otros tribunales inferiores del Poder Judicial de la Nación, y con una vastísima bibliografía que da cuenta del nivel y seriedad con el que se ha encarado la investigación.

Federico Javier Macciocchi
(Universidad Nacional de Córdoba)

PÉREZ GALLARDO, Leonardo - PAGANO, Luz María. *Discapacidad y Modelo Social*, ERREIUS, Buenos Aires, 2020, 426 páginas.

Esta obra colectiva, bajo la dirección de Leonardo Pérez Gallardo y Luz María Pagano, consta de Prólogo y dos partes.

Tal como lo señala el *Prólogo* a cargo de la Profesora Cristina de Amunátegui Rodríguez, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad Complutense de Madrid, el libro es resultado de una serie de estudios particulares, concretos, en los que se analizan directamente distintos problemas que se presentan en la práctica y que no siempre son abordados por los tribunales en lo que se conoce ya como “clave de Convención”. Los autores son todos juristas conocedores de la dificultad de ajuste que presentan las reglas de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), unas veces respetadas por los jueces y otras no. Cabe destacar también la importancia que tiene el que los mismos sean de diferentes nacionalidades, argentinos, chilenos, colombianos, cubanos, españoles, italianos y peruanos, lo que evidencia que en todos los países mencionados se suscitan problemas –a veces dilemas- similares, y que las soluciones adoptadas en un país pueden

ser extrapolables a otros. Del mismo modo se debe resaltar el acierto del libro al observar la presencia de diferentes grupos dentro del gran colectivo de personas a proteger, como son los enfermos mentales, las personas con discapacidades intelectuales y los mayores, acreedores cada uno de ellos de un trato adecuado a sus capacidades. La dinámica en el abordaje de la temática, permite al lector observar la complejidad de reinterpretar adecuadamente los derechos que asisten a las personas con discapacidad, desterrando nociones hondamente arraigadas en los ordenamientos e instaladas en los sistemas de protección partiendo de unas premisas que necesariamente debemos ir cambiando o sustituyendo por otras.

La *Primera Parte*, titulada *Marco doctrinario*, está conformada por cinco trabajos. Referimos brevemente cada uno de esos aportes.

María Graciela Iglesias ha abordado *La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y el discurso jurídico "por motivo de discapacidad"*. En su trabajo la autora propone un análisis de como la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad que se firmó en el año 2006, significó un reconocimiento de derechos construidos desde el núcleo ontológico de la dignidad, la igualdad y no discriminación, que transversalmente recorren los artículos como principio, como valor como acción y como excepción.

Silvia Eugenia Fernández se centra en *Los derechos de los niños y niñas con discapacidad. Una mirada transversal en clave de derechos humanos*. Tras exponer un breve panorama respecto de la realidad social a nivel mundial de los niños y niñas con discapacidad, en la que el estigma social, los temores, la sobreprotección, las actitudes negativas, los prejuicios contra los niños con discapacidad siguen siendo fuertes en muchas comunidades y conducen a su marginación, la autora propone desde la perspectiva del enfoque de derechos, la observación de las principales situaciones de discriminación múltiple de niños y niñas con discapacidad y la pareja aplicación transversal de sus derechos fundamentales.

Agustina Palacios aborda la temática de *La perspectiva de género en la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad* y considera que la intersección entre la condición de mujer y la discapacidad origina la necesidad de una política pública que pueda reconocer, visibilizar y brindar las herramientas necesarias –y obligatorias– para erradicar una situación de discriminación estructural que requiere de medidas estructurales, ya que no existe un nivel adecuado de conciencia de las múltiples e interseccionales formas de discriminación, que rara vez son abordadas, y cuando lo son, es a través de miradas y compartimentos estancos, y no desde una visión global e integradora de su complejidad. Por lo que la interseccionalidad pasa a ser una de las primeras herramientas necesarias –y obligatorias– a la hora de abordar esta temática.

María Isolina Dabove centra su trabajo en *Vejez, discapacidad y autonomía personal*, y concluye que, en el Derecho actual, la capacidad es un factor constitutivo de la autonomía personal. Si bien históricamente, la autonomía fue concebida en atención

a un aspecto de persona abstracto y universal. En la actualidad, esta perspectiva ya no puede sostenerse de manera consistente. El envejecimiento global y multigeneracional ha puesto todo ello en crisis, así como también ha dado lugar al reconocimiento de la “gerontolescencia”. Una nueva expresión de la crisis de identidad que las personas mayores padecen, a raíz de la cultura ambivalente sobre la vejes.

Emanuele Calò en su trabajo *Capacidad e incapacidad en el derecho italiano entre derechos humanos y catástrofes jurídicas*, muestra como el artículo 315 bis, parágrafo 3 del Código civil italiano, el art 26 del Código Civil y Comercial argentino y el art. 12 de la Convención de la ONU sobre derechos del niño, dan tratamiento a la capacidad de los menores. Expresa en sus conclusiones que seguir albergando, en un mismo Código, a la interdicción, inhabilitación y administración de sostén, si no es una catástrofe, se le asemeja bastante.

La *Segunda Parte*, titulada *Selección de casos de Jurisprudencia* comprende quince trabajos divididos en cinco apartados temáticos, referidos a la capacidad jurídica, igualdad y no discriminación, derechos personalísimos, derechos políticos e institucionalización de adultos mayores.

1. Capacidad Jurídica

Leonardo B. Pérez Gallardo. *Restricción de la capacidad de obrar desde el prisma convencional. La Historia de Daldo*. El autor trata una de las primeras sentencias cubanas que aplica la CDPD, en el sentido de no declarar la incapacidad de una persona con discapacidad intelectual conforme el art. 12 de dicha Convención. Autos: N° 947 de 2017, promovido por L. M.M. L. (madre) contra D.M.L. (hijo) y contra el Fiscal, teniendo por objeto que se restrinja la capacidad de obrar del demandado D. M. L.

María Graciela Iglesias. *La persona en situación de discapacidad como protagonista de su vida. El proceso judicial y una disidencia que aclara*. La autora analiza un fallo en el que se advierte la complejidad, que el ámbito jurisdiccional debe a diario desenmarañar, interpretar y aplicar las normas, con el conflicto que se presenta entre los derechos fundamentales reconocidos, la norma con jerarquía constitucional y la adecuada interpretación del derecho interno.

Emilia Bustamante Oyague. *La capacidad jurídica de las PCD frente al proceso de interdicción judicial ante los cambios normativos en el Código Civil peruano y un fallo jurisprudencial importante: caso Segovia Soto*. En este trabajo se analiza un proceso de amparo contra una resolución judicial de interdicción civil, el demandante invoca la vulneración de sus derechos como persona con discapacidad. Corte Superior de Justicia de Lima (2014). Sentencia del segundo juzgado constitucional del 26 de agosto del 2014. Expte. 25158-2013-0-1801-JR-CI-02. Amparo contra resoluciones judiciales.

Ángeles Baliero de Burundarena. *Análisis de un fallo ejemplar sobre determinación de la capacidad jurídica a la luz de los postulados internacionales*. El fallo objeto de análisis, es dictado en clave de Derechos Humanos. Se trata de una sentencia ejemplar

porque resulta “a la medida” de la persona que encuentra afectada su salud mental y, por lo tanto, cumple con los criterios de proporcionalidad y flexibilidad al fundar la protección hasta el límite de lo necesario y al entender –sobre todo– que la salud mental es un estado modificable. Autos: “Área de defensa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ministerio de la Defensa Pública (L) s/Determinación de la capacidad jurídica, apoyos y salvaguardias”, expte. 59/2016. Cita Online: AR/JR/20067/2016. Sala “A”, de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia. 28 de abril de 2016.

Federico Isaza Piedrahita. *Apoyos en el conflicto: la aplicación del art.12 de la CDPD en el proceso de justicia transnacional en Colombia*. El auto objeto de estudio en esta participación, representó un hito en la jurisprudencia constitucional, al ser la providencia que detalla por primera vez, en el marco de las acciones de justicia transnacional en Colombia, el diagnóstico y barreras al ejercicio del derecho a la capacidad jurídica y su falta de reconocimiento para las víctimas con discapacidad, así como las acciones concretas para buscar garantizar este derecho. Corte Constitucional de Colombia. Auto 173 de 2014. Bogotá DC, 6 de junio de 2014. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

2. Igualdad y no discriminación.

Marisa Herrera en su trabajo *De vulnerabilidades y derechos: la (no) adopción en su lugar*, analiza un fallo en el que se entrecruzan varias vulnerabilidades en dos planos: 1) madre con discapacidad intelectual, y 2) hijo, persona menor de edad, quien titulariza -entre tantos otros- el derecho a vivir en familia, lo que obliga a la autora a plantearse ¿Qué lugar ocupa, tiene o debería tener la adopción? Y que es lo que precisamente se debate en esta oportunidad, con lo que ello significa en términos de jurisprudencia constitucional y su valor ético-jurídico. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “I. J. M. s. Protección especial”, 7 de junio de 2016. Cita Online: AR/JUR/32497/2016.

María Angélica Sotomayor Saavedra bajo el título *Personas con síndrome de Tourette y programa televisivo*, revisa las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Santiago y por la Corte Suprema de Chile, en el caso que afectó en el año 2016 a las personas con síndrome de Tourette, mediante la emisión de un programa de televisión. Ambos fallos confrontan derechos consagrados en el Derecho Interno y en la CDPD. Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, 18 de enero de 2016, Carátula: Rol 99.610-15. Corte Suprema de Justicia, 31 de marzo de 2016, Carátula: Rol 6.889-2016.

Gloria Díaz Pardo presenta *Quiebra de la equiparación entre hijos menores de edad y mayores con discapacidad en la atribución del uso de la vivienda familiar*, proponiendo como objeto de estudio una sentencia que marca un cambio de tendencia jurisprudencial en cuanto a la equiparación entre los hijos menores y mayores con discapacidad respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar tras los procesos de crisis matrimoniales. Tribunal Supremo, sentencia 31/2017, de 19 de enero. Ponente:

José Antonio Seijas Quintana. Número de Recurso: 1222/2015. Procedimiento de Casación. Emisor: Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil.

3. *Derechos personalísimos.*

Marcela Viviana Spina y Otilia del Carmen Zito Fontán en su trabajo *Las personas con discapacidad y los derechos personalísimos* tratan de establecer cómo se ejercen los derechos personalísimos por parte de una persona con discapacidad, en este caso, falta de discernimiento, por encontrarse en un estado de conciencia mínima y en el que no resultan de utilidad los apoyos para conocer los deseos y preferencias de la persona. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Río Negro, 27 de febrero de 2018. Expte. I-2RO-299-F 2015, “M., J. A. s/ Autorización judicial”, (f) (X/C 834-09).

María del Mar Heras Hernández presenta *Matrimonio, discapacidad e igualdad jurídica* con el objeto de analizar las bases jurídicas del ejercicio del derecho humano universal a contraer matrimonio por personas con discapacidad psíquica en igualdad de condiciones que el resto. Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 15 de marzo de 2018, sentencia 145/2018. Procedimiento: Civil. Ponente: María de los Ángeles Para Lucán. Número de Recurso: 347/2016.

Luz María Pagano bajo el título *Permiso para contraer matrimonio. Sr./Sra. juez/a, ¿me puedo casar?*, propone el estudio de una sentencia en la que se convalidó la decisión del juez de grado que restringe la capacidad de la persona asistida de alterar su estado civil –celebración del matrimonio- debiendo para ejercer este derecho recurrir previamente a la dispensa judicial establecida por el artículo 405 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 21 de septiembre de 2018, “S., L. J. s/ determinación de la capacidad”, Expte. 34.518/1994. Centro de Información Judicial.

Joanna Pereira Pérez, ha abordado la *Nulidad de testamento notarial otorgado por persona con discapacidad intelectual al amparo de las salvaguardias que establece la CDPD. ¿Protección o desprotección de su última voluntad?* A partir del análisis de una sentencia del Tribunal Supremo cubano, en la que se declara la nulidad del testamento notarial otorgado por una persona con discapacidad intelectual, con fundamento jurídico en las salvaguardias adecuadas y suficientes al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que establece la CDPD. Tribunal Supremo de Cuba, Sala de lo civil y de lo Administrativo, sentencia 996 de 30 de diciembre de 2016, “Nulidad de testamento notarial otorgado por persona con discapacidad intelectual”, Expte.878/2016.

4. *Derechos políticos*

Juan Pablo Olmo plantea *¿Un fallo a favor del reconocimiento del derecho al voto de las personas con discapacidad en Argentina?*, y luego expresa que el art. 3 del Código Electoral Nacional –que restringe el derecho al voto de personas declaradas insanas- debe aplicarse a la luz del régimen de capacidades graduales receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación. Por lo tanto, en cada sentencia se deberá evaluar

específicamente la capacidad para votar de la persona, incluso con la designación de apoyos. Corte Suprema de justicia de la Nación, 10 de julio de 2018, “F., H. O. s/ art.152 ter, Cód. Civil”, Cita Online: AR/JUR/30591/2018.

5. Institucionalización de adultos mayores

Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz se ocupa de *El ingreso involuntario urgente de adultos mayores en centros asistenciales. La sentencia del tribunal Constitucional español 132/2016*, y explica que ese asunto es sustancialmente idéntico al resuelto por la sentencia del tribunal constitucional (STC) 34/2016, en relación con la doctrina sobre el procedimiento constitucionalmente adecuado para internamientos de personas con trastorno psiquiátrico en centros asistenciales o sociosanitarios, por lo que se puede indicar que es doctrina consolidada. Tribunal Constitucional, Sala Primera, España, sentencia 132/2016, de 18 de julio de 2016. Recurso de amparo 5671/2014. Promotor: Ministerio Fiscal.

María Perla Goizueta en su trabajo titulado *Sujecciones físicas en entornos residenciales. Acerca del acceso a la justicia en tutela de la autonomía personal*, aborda a partir de un caso concreto los derechos a la autonomía, salud, nivel de vida, cuidados, independencia y capacidad jurídica de las personas mayores con discapacidad – deterioro cognitivo moderado o grave o demencia- institucionalizadas en residencias de larga estadía en la ciudad de buenos Aires. Juzgado Nacional de primera Instancia en lo Civil N° 83, resoluciones de fechas 16 y 21 de mayo de 2019, “C., V. s/ autorización”, inéditos.

Podemos sostener que la suma de los distintos trabajos aportados a la obra, todos unidos por el hilo conductor de la capacidad interpretada como una manifestación de la dignidad, igualdad y autonomía de los sujetos, conforme el modelo social de derechos humanos, da por resultado que el libro coordinado por Leonardo Pérez Gallardo y Luz María Pagano se constituya un importante aporte a la incesante y constante labor de la doctrina referida a la reinterpretación de los derechos de las personas con discapacidad en “clave de Convención”.

Emma Mini
(Universidad Nacional de Córdoba)

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de junio de 2021

