

# RJ SI

# REVISTA JURÍDICA DE SAN ISIDRO

SERIE CONTEMPORÁNEA

AÑO 2023 | NÚMERO I | DIGITAL

ISSN 2953-5174

CÓMO CITAR LA REVISTA: RJSI - I - 2023

**CONVENCIONALIDAD:** Convencionalidad y Derecho del Trabajo • Cuestión Constitucional en Chile • Datos Personales. Fenómenos Migratorios • Libertad de expresión • Mediación. Niños, Niñas y Adolescentes • Personas Mayores • Plazo razonable y debido proceso • Privilegios laborales • Transporte aéreo internacional.

## RESEÑA DE FALLOS

### JURISPRUDENCIA APLICADA

- Autonomía personal y familiar. Derecho a la Salud. Autocultivo de Cannabis. Interés Superior del Niño
- Discapacidad. Situación de adoptabilidad.
- Periodo a Prueba. Despido. Protección de la Maternidad.

### NOVEDADES

- Principio de realidad económica. Oponibilidad a terceros de actos Jurídicos no inscriptos en el Registro Público de Comercio. Falta de legitimación pasiva. Prescripción.
- Obligaciones en Moneda Extranjera. Conversión a moneda de curso legal. Dólar MEP.



**Colegio de Abogados de San Isidro**

# RJ SI

# REVISTA JURÍDICA DE SAN ISIDRO

## SERIE CONTEMPORÁNEA



COLEGIO DE ABOGADOS  
DE SAN ISIDRO

FUNDADA POR EL **COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO** | ÁREA ACADÉMICA

AÑO 2023 | NÚMERO I | DIGITAL  
ISSN 2953-5174

### EQUIPO DE TRABAJO

#### Autoridades:

Directora:

Julia L. Bruzzone

Director Ejecutivo:

Gerónimo M. De Francesco

Coordinador Sección Jurisprudencia:

Cristian Ubalton

Coordinadora Sección Colaboraciones Extranjeras:

Gisela Hörisch

#### Evaluable del presente Número:

Claudio A. Aquino

María Cristina Mourelle de Tamborenea

Alberto O. Pisano

Carlos E. Ribera

#### Coordinación General

Área Académica Colegio de Abogados de San Isidro.

Karina A. Aliperti

#### Autores:

Gabriela Álvarez

Víctor M. Avilés Hernández

Leandro Baltar

Juan Pablo Cafiero

Diana G. Fiorini

Laura Mato

Alejandro Nato

Carlos E. Ribera

Fabián P. Schinca

María del Huerto Terceiro

Guillermo J. Terzibachian

Gimena Veglia

Ignacio Vidal

#### Colaboran:

Instituto de Derecho Aeronáutico

Instituto de Derecho de la Salud

Instituto de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social

Instituto de Derecho Informático

Instituto de Finanzas Públicas y Derecho  
Tributario.

Instituto de Gestión y Resolución de  
Conflictos

Instituto Interdisciplinario del Niño y la Familia

Comisión de Jóvenes Abogados CASI

Sala I y II de la Cámara Civil y Comercial

Departamental.



# Colegio de Abogados de San Isidro

## Consejo Directivo

### Presidenta:

Guillermina Soria

### Vicepresidente 1º:

Luciano Zorrilla

### Vicepresidente 2º:

Sergio R. Castelli

### Secretario:

Martín A. Sánchez

### Prosecretaria:

Florencia Stero

### Tesorero:

Juan J. Formaro

### Protesorera:

Nancy M. Quattrini

### Consejeros Titulares:

Florencia S. Ancao

Roberto P. Aybar

Sandra L. Dell' Osa

Nicolás A. Marchiolo

Ernesto L. Rodríguez Cifuentes

### Consejeros Suplentes:

María C. Afriol

Laura M. Rene Antoine

María E. Ferrari Bartoszyk

Luciana B. Gentile

Norberto E. Herrera

María N. Juvenal

Juan C. Nocciolino

Alan Temiño

## Área Académica

### Director:

Fulvio G. Santarelli

### Miembros:

María Celeste Afriol

Florencia S. Ancao

Julia L. Bruzzone

Gisella Hörisch

Flavia Medina

Aníbal Ramírez

Alan D. Temiño

### Coordinadora Académica:

Karina A. Aliperti

## Palabras de la Directora

*El Colegio de Abogados de San Isidro nos brinda la oportunidad de encontrarnos otra vez en la “Revista Jurídica de San Isidro”, hoy bajo el nombre “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” en formato digital.*

*La “Revista Jurídica de San Isidro” fue fundada en el año 1967 con honda perseverancia frente a las dificultades que debía enfrentar el Colegio debido a los altos costos que implicaba la impresión (formato, papel, diagramación) y difusión. A pesar de ello fue publicada, donde escribieron grandes maestros y destacados académicos de nuestro quehacer jurídico.*

*Hoy, luego de más de cincuenta años de camino andado, con reconocimiento a nivel, no solo provincial, sino también nacional sobre la excelencia de la actividad académica que desarrolla el Colegio, vuelve la Revista a ponerse en marcha con un gran entusiasmo y emoción.*

*Nuestro actual Consejo Directivo, bajo la presidencia de la Dra. Guillermina Soria y el Área Académica, bajo la dirección del Dr. Fulvio Santarelli son quienes han firmemente decidido llevar a buen destino nuevamente a la Revista Jurídica honrándome con la Dirección. A ellos mi agradecimiento.*

*Bajo la nueva versión de la “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” ingresamos en la era digital que nos permitió realizarlo sin exigir mayores recursos salvo por supuesto el denodado esfuerzo de un grupo de colegas comprometidos que forman parte del staff y de generosas intervenciones de académicos que aportan su tiempo y esfuerzo para transmitir sus conocimientos a las y los colegiados.*

*Sabemos que la misión es difícil, pero estamos convencidos que el camino se allana con la solvencia de un equipo que acompaña.*

*Los últimos años se ha producido una aceleración del proceso transformador de la sociedad en sus múltiples dimensiones: culturales, económicas, políticas, sociales, ambientales, tecnológicas, entre otras. La creación, la innovación, la difusión y el uso del conocimiento adoptan un valor especial y superador que revela la importancia de la transferencia del conocimiento del cual se hace eco nuestro Colegio.*

*En este sentido la actividad académica del Colegio de Abogados de San Isidro a través de sus Institutos, Comisiones, y Departamentos es extensa, prestigiosa y de vanguardia; pero lo más encomiable es la inaudicable disposición para compartir su potencial intelectual, científico y tecnológico a la comunidad de la abogacía.*

*La Revista aspira a convertirse en un canal oficioso de la transferencia de conocimientos. La misión será difundir los trabajos y estudios académicos y prácticos de nuestros colegas, las interacciones en conferencias y seminarios, los intercambios informales entre diferentes sectores académicos de nuestro Departamento Judicial de San Isidro, colegios provinciales, universidades y también el trabajo de alumnos de nuestra Institución.*

*Vaya nuestro agradecimiento a los autores que generosamente han participado de esta propuesta, a la Revista Poliedro editada por la Universidad de San Isidro y a su Director Jerónimo Biderman Núñez por su generosidad, a quienes han evaluado los trabajos presentados que garantizan la calidad de la publicación y a quienes cooperan desde distintos Departamentos, Áreas y Comisiones del Colegio de Abogados de San Isidro.*

*En la primera Edición de esta Revista, allá por 1967, el anhelo de aquel Consejo Directivo, en palabras del Dr. Humberto Monelos, primer presidente del CASI, expresó “Abrigamos la esperanza de que esta Revista llegue no solo a los colegios sino a todos los ámbitos del quehacer jurídico en el país y en el extranjero”. Acompañamos sus palabras y hacemos también propio su deseo.*

**Julia L. Bruzzone**

# Palabras de la Sra. Presidenta

*Con gran entusiasmo asistimos al relanzamiento de esta Revista Jurídica de San Isidro (hoy Serie Contemporánea).*

*El primer número vio la luz allá por el año 1967, durante la presidencia del Dr. Humberto Monelos, quien ya avizoraba "la penuria de tiempo que padece el abogado". Esta observación cobra hoy verdadero sentido.*

*Estamos viviendo un verdadero cambio de época, el cambio de paradigma en el ejercicio profesional ya está ocurriendo.*

*Recordaba hace unos días en ocasión de asistir a una reunión con otros presidentes de Colegio de Abogados, todo lo recorrido en estos más de 50 años de historia. Los abogados, y abogadas fuimos testigos, y estudiosos y en muchos casos colaboradores en la redacción de cambios legislativos trascendentales tales como ley de divorcio vincular, la nueva ley de contrato de trabajo, la reforma constitucional, el nuevo código Civil y Comercial de la Nación, la ley de matrimonio igualitario, o la de identidad de género, pero también quienes pasamos del uso del papel romaní, la máquina de escribir y el carbónico, a la computadora, y al disquete, al pendrive, y también al token, y a los notificaciones y presentaciones electrónicas.*

*Debimos amigarnos con los términos "despapelización", "digital", "audiencia virtual", con el uso de las redes sociales y el WhatsApp como forma de comunicarnos y de relacionarnos con colegas, con nuestros clientes, y con magistrados y funcionarios.*

*En ese marco, este relanzamiento de la Revista Jurídica de San Isidro, impone su versión digital.*

*Auguro desde ya que esta versión contemporánea de la Revista Jurídica de San Isidro gozará del prestigio de su versión anterior, la que supo ser material de consulta de muchísimos colegas a nivel local, provincial, e incluso internacional.*

*La designación de su Directora, la Dra Julia Bruzzone, colega comprometida siempre con la investigación y el estudio del derecho no puede más que reafirmar esa certeza.*

*Vivimos tiempos que nos desafían, se aceleran las transformaciones, e irrumpen en nuestras vidas las nuevas tecnologías, y todo ello exige de nosotros los y las abogados/as innovar en el conocimiento, y en el estudio, no solo para defender, sino para ampliar nuestras incumbencias profesionales.*

*No debemos temer al futuro que se avecina sobre nosotros, sino por el contrario, aprovechar las nuevas herramientas que nos aporta.*

*El derecho es el mejor instrumento para la convivencia humana, al decir de Couture "se aprende estudiando, pero se ejerce pensando", y en eso esta revista que hoy relanzamos, se propone como un instrumento que colabore en esa tarea.*

*Aspiramos a que sus artículos de vanguardia, con rigor científico, y aporte de mirada innovadora acompañe a todos los y las colegas en el ejercicio profesional.*

**Guillermina Soria**  
Presidenta  
Colegio de Abogados de San Isidro

## Presentación de la Revista

*La “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” N° 1 en formato digital editada por el Colegio de Abogados de San Isidro, correspondiente al período Septiembre-Marzo 2023 aborda la temática relacionada al Derecho Convencional.*

*En las VII Jornadas Sanisidrenses celebradas en el año 2022 prestigiosos académicos conversaron sobre “El derecho convencional y su influencia en las relaciones jurídicas” que ahora centramos como eje temático de esta Revista.*

*Como las nuevas fronteras entre derecho nacional, tras la recepción del derecho internacional se tornaron más borrosas que nunca, las abogadas y abogados deben estar listos para utilizar las convenciones de rango constitucional en sus razonamientos jurídicos.*

*Sabido es que el concepto de convencionalidad se halla plagado de tensiones tanto desde el punto de vista de las reglas de aplicación como de la convivencia de ésta y las normas constitucionales e internas.*

*El contenido del presente número apunta a una visión práctica, no meramente teórica del concepto de convencionalidad.*

*La revista en el presente número se decanta en tres secciones claramente definidas. Una primera “Sección Artículos Académicos” que en conjunto dirimen el tema bajo la consigna de la interdisciplinariedad, que caracteriza la materia. Es así como gracias al aporte de los autores se han abordado cuestiones de derecho laboral, aeronáutico, comercial, familia, niñez y adolescencia, entre otros.*

*Prosigue luego con la “Sección Fallos” conformada gracias a la contribución de diferentes organismos y esclarecidos funcionarios que han aportado resoluciones judiciales firmes que esperamos colaboren con la tarea diaria de las y los colegas.*

*En la “Sección Jurisprudencia Aplicada” se encontrarán fallos recientes relacionados a la materia convencionalidad.*

*Finalmente, en la “Sección Jurisprudencia. Novedades” hemos incluido fallos novedosos que resultan de utilidad para fortalecer la aplicación del derecho en el seno de la presente coyuntura económico social.*

*Finalmente, los invitamos a leer los trabajos que componen el presente Número 1, y los invitamos a visitar nuestra página web <https://www.casi.com.ar/RJURIDICA> donde encontrarán fácil acceso al contenido académico y los fallos en forma completa.*

**Equipo Editorial**

## INDICE

	Pág.
- Equipo de trabajo .....	I
- Autoridades del Colegio .....	II
- Palabras de la Directora .....	III
- Palabras de la Sra. Presidenta .....	IV
- Presentación de la Revista .....	V
<b>• ARTÍCULOS ACADÉMICOS:</b>	
- Visibilizar la sensibilidad de los datos (personales). Análisis del Anteproyecto de Reforma a la Ley 25326. <b>Gimena Veglia y Gabriela Álvarez</b> .....	01
- Notas sobre la cuestión constitucional en Chile. <b>Víctor Manuel Avilés Hernández</b> .....	06
- El método de reconocimiento como respuesta al impacto del fenómeno migratorio en las relaciones internacionales de familia. <b>Leandro Baltar</b> .....	19
- El régimen de representación de niñas, niños y adolescentes (NNyA) y el control de convencionalidad. <b>Juan Pablo Cafiero y María del Huerto Terceiro</b> .....	40
- Un desafío: la efectivización de los estándares de derechos humanos de las personas mayores. <b>Diana Graciela Fiorini</b> .....	49
- Plazo razonable y debido proceso. Apuntes sobre el caso "Furlan" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). <b>Laura Elizabeth Mato</b> .....	59
- Derecho convencional y mediación. <b>Alejandro Nató</b> .....	67
- Convencionalidad de los privilegios laborales en los procesos concursales. <b>Carlos Enrique Ribera</b> .....	73
- La falta de operatividad de las convenciones por ausencia de reglamentación interna. El pago adelantado de indemnizaciones. <b>Fabián Pablo Schinca</b> .....	80
- Control de convencionalidad y derecho del trabajo. <b>Guillermo Jorge Terzibachian</b> .....	93
- Control de Constitucionalidad: La libertad de expresión como garante del sistema republicano de gobierno. <b>Blas Ignacio VIDAL</b> .....	104
<b>• RESEÑA DE FALLOS. APLICADA A LA TEMÁTICA:</b>	
- JURISPRUDENCIA APLICADA. 1 .....	113
- JURISPRUDENCIA APLICADA. 2 .....	115
- JURISPRUDENCIA APLICADA. 3 .....	117
<b>• RESEÑA DE FALLOS. NOVEDADES:</b>	
- JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 1 .....	119
- JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 2 .....	121

RJ  
SI

# Artículos Académicos

---

---

# Visibilizar la sensibilidad de los datos (personales). Análisis del Anteproyecto de Reforma a la Ley 25326

Autoras: **Gimena Veglia\*** - **Gabriela Álvarez\*\***

---

**SUMARIO:** I. Introducción. - II. Desarrollo. - III. Conclusión.

## RESUMEN

La ley 25326 de Protección de Datos Personales fue sancionada el 4 de octubre del año 2000, vetada parcialmente por el Decreto N ° 995/2000 de fecha 2 de noviembre del mismo año, modificada por la ley 26.343 de fecha 9 de enero del año 2008. -incorporación del artículo 47 que había sido vetado por el Decreto N ° 995/2000-. Siendo complementada por 122 (ciento veintidós).

La Agencia de Acceso a la Información Pública inicia un debate participativo exhibiendo un anteproyecto de reforma.

El Instituto de Derecho Informático del Colegio de Abogados de San Isidro tomó el anteproyecto y las distintas participaciones (representantes del sector público, del sector privado, y de la sociedad civil), construyendo el presente artículo con una óptica en los sectores vulnerables de la población respecto de la protección efectiva de los datos personales frente a su procesamiento por terceros.

## PALABRAS CLAVE

Reforma. Ley/25326. Protección. Datos

---

\* *Gimena Veglia: Abogada, Subdirectora del Instituto de Derecho Informático del CASI.*

\*\* *Gabriela Álvarez: Abogada, integrante del Instituto de Derecho Informático del CASI, docente de la UCES impartiendo la materia Derecho Privado, familia y sucesiones, UBA docente en las materias Práctica profesional y Civil I.*

## I. INTRODUCCIÓN.

El derecho como instrumento discursivo de la re-presentación de los valores en una sociedad, intenta dar respuesta a través de los órganos del Estado -conforme la organización política constitucional- a las necesidades materiales y organizativas de las personas -humanas y jurídicas- dentro de nuestro territorio.

Como hijos de la conquista, nuestras instituciones jurídicas y políticas son producto de la importación de ideas de otras regiones. Es claro que la adaptación de una normativa que posee raigambre social de una comunidad distinta nace y se aplica escindida de nuestra sociedad. Esta característica no menor, es el punto neurálgico de la crisis social que vivimos de manera continua y permanente.

Es una crisis de conceptos, nadie ve esta crisis, pero siente el malestar, y siente que algo anda mal, a la vista de todos es transparente, “la transparencia es el frente de un proceso que escapa a la visibilidad”, tenemos los enunciados, tenemos las leyes, pero la sociedad siente que no hay leyes, tenemos la forma de control de todo proceso, pero sentimos que no funcionan las instituciones que controlan. Es claro, que a todos nos pasa que nuestros prejuicios son materia constante de propagación en forma de información, y constituyen datos. ¿Cuántos de nosotros en la consulta en el estudio jurídico recibimos la frase “la justicia no funciona” o “los abogados se venden”? ¿forma parte de un pre-juicio de la sociedad? Sí, pero también responde a un vacío total de conceptos.

El Dr. Alexis Roig afirma que tenemos conceptos que no corresponden a experiencia y experiencias sin concepto, es decir, carecemos de cuerpo en el pensamiento.

Hay una ausencia de cuerpo en el pensamiento, porque los cuerpos están lejos de la experiencia, de lo que siente la sociedad.

El derecho exige para su materialización una relación directa y concreta con la realidad de cada uno de nosotros, es decir, debe nacer de la praxis, de la experiencia, sino es un enunciado, y como tal es ignorado.

Hecho no menor que desde el año 1994 se introduce el habeas data en Nuestra Constitución artículo 43 de la C.N., a modo de darle operatividad y re-presentación se sanciona seis años más tarde la ley 25326 “Ley de Datos Personales”.

¿Pero para qué sirve la Ley de Datos Personales?

¿Existe una educación en datos? -propuesta de la Dra. Faliero-

La respuesta es clara, no sabemos para que sirve, porque no sabemos que protege, si bien podemos decir que el objeto de tutela son los datos, es decir, lo que es dado, lo dado en forma abstracta o en una re-presentación extracorpórea de la persona.

## II. DESARROLLO.

El proyecto de Reforma en cuanto al objeto de tutela ya no son los datos sino el ejercicio libre de estos, es decir, la protección, el verbo. Podemos inferir entonces que el dato es inherente a la persona y solo protege su ejercicio y su privacidad. Y sabiendo que estamos en una crisis de la hermenéutica de las ciencias sociales -siendo el derecho una ciencia social-, la reforma se escinde más de la experiencia, proyectando abstracciones de casos dados de la jurisprudencia como entes totalizadores de la problemática de los datos personales.

Es así que Helio Juan Zarini en su libro *Constitución Argentina comentada y concordada*, editorial Astrea edición del año 1996 en su página 213 comentario al artículo 43 de nuestra Carta Magna, advertía “Su importancia como resguardo ante el avance de la informática”<sup>2</sup> y aquí me quiero detener, ¿de qué nos tenemos que resguardar?, o acaso alguien se resguardo cuando nació la imprenta. ¿Por qué el Dr. Zarini, en el año

<sup>2</sup> Helio Juan Zarini, *Constitución Argentina Comentada y Concordada*, editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma Buenos Aires 1996.

1996, nos alertaba que la informática traía un problema con los derechos personalísimos de la persona humana?

La realidad es que también debían habernos advertido de esta manera respecto de la energía atómica, sin embargo, como es física, y la física tiene una representación material, sabemos que podemos utilizar determinados compuestos y hacer una bomba de destrucción -como sucedió con en Hiroshima y Nagasaki-, o adquirir la propiedad intelectual por patentes y modelos de invención.

La informática desde la funcionalidad del software no tiene visibilizarían, solo vemos resultados. muchos refieren este hecho como “magia”<sup>3</sup>. como tampoco la representación de los datos. entonces como no se sabe, hay algo oculto, y lo oculto es la ausencia de conceptos.

En dicho comentario el Dr. Zarini ilustra muy atinadamente que los detentadores de grandes volúmenes de información sobre el individuo son los organismos -en esa época, crease o no, eran mayoritariamente estatales-.

A casi 22 años de la obra del Dr. Zarini, con la sanción de la ley 25326, y la adhesión de la República Argentina por ley 27.483 (del año 2019) Aprueba el Convenio de Estrasburgo que data del 28 de enero del año 1981 y que en fecha 8 de noviembre de 2001 dictara el Protocolo Adicional -Convenio 108- seguimos sin tener una protección efectiva de la persona humana y jurídica, respecto de sus datos.

Si analizamos jurisprudencialmente<sup>4</sup> tuvo mayor éxito la protección de los datos de las personas físicas por la aplicación de la ley de defensa al consumidor que, por la propia ley de datos personales, y tiene una explicación sencilla, la ley de defensa al consumidor y el Código Civil y Comercial de la Nación tutelan a la persona en todo su universo.

Los datos son arenosos, pueden ser modificables, crean circunstancias de inestabilidad y si a eso le antepone tratamiento automatizado, se crea una brecha más, “el sistema”, tornándose una ley de necesidad transversal a toda la vida de la persona, pero inaplicable en la práctica.

La realidad es que los usuarios (personas humanas) usan los servicios digitales (sin importar el titular que los oferta) y dan de manera deliberada sus datos, no hay conciencia real del valor -no económico, sino jurídico- de sus datos.

La realidad nos ilustra que se puede reconstruir un trayecto en un lapso de tiempo con los servicios gratuitos que ofrece Google -por ejemplo-, podemos saber si tiene hijos -porque comparte en su muro de Facebook-, también los usuarios nos ilustran sobre sus emociones -historias de WhatsApp y de Instagram-, nos acercan a sus gustos, experiencias privadas que hacen públicas. Es decir, el usuario (persona humana) expone su vida como si fuera un objeto, para ser calculable, medible, y hasta vulnerable. el usuario da de manera consciente sus datos que permiten leer y predecir sus actividades para cualquier empresa de servicios digitales. el usuario pasa a ser objeto del sistema al que brinda sus datos, y deja de ser sujeto titular de los datos.

La reforma introduce nuevas categorías de datos -que por analogía con otras ramas del derecho ya las tenemos incorporadas en nuestro plexo normativo, pero aun así intenta dar conceptos datos personales y datos personales sensibles escindidos de datos biométricos y de datos genéticos. perdiendo de vista en las definiciones a la persona fuente de dichos datos.

Se nota en el anteproyecto la ausencia de experiencia sobre el cuerpo (dígase la persona humana en su totalidad) creando conceptos vacíos.

Es un proyecto que solo protege procesos sistémicos organizacionales, estamos reformando una ley que tenía un objeto de tutela preciso -los datos de las personas o si se quiere la representación de la persona

---

<sup>3</sup> *La Magia del Software: Historia, Fundamentos y Perspectiva de Reynaldo Nuncio Limon (Paperback / softback, 2016)*

<sup>4</sup> <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/Dossier-218-legis-nacional-proteccion-datos-personales.pdf> (ver páginas 37 a 42 notar las fechas de las sentencias y las materias tratadas)

en el mundo digital o en un soporte material distinto a ella misma-, con el reconocimiento de los derechos (ARCO), A -acceso- R -rectificación- C -cancelación- O -oposición-, que no han sido explotados por el entero de la sociedad, porque la sociedad esta escindida del derecho y de la justicia, porque si no reconocemos a la persona en sus derechos básicos (hablo de derechos humanos de primera, segunda generación y tercera generación) menos la vamos a reconocer en su representación a través de los datos (derechos humanos de cuarta generación).

El problema no es saber de informática o de tratamientos automatizados, sino de saber cómo proteger a la persona en su exteriorización dentro del mundo. El punto más delicado se da con las personas físicas menores o incapaces – por cuanto son las personas humanas más vulnerables en este universo y es a ellos en donde debemos hacer foco como sociedad. No basta con la simple advertencia de usar seudónimos para instalar un juego o la simple manifestación de la fecha de nacimiento para acreditar en las redes sociales, que tal vez sea, mayor de 13 años. Entiéndase que si nuestro propio Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) en su artículo 26 permite a los adolescentes (entre 13 y 16 años) tomar decisiones respecto a su propio cuerpo de cuestiones no invasivas y ni hablar para quienes hayan cumplido los 16, cuanto más podrán decidir a partir de allí, entonces.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales, nos aproxima a la idea de que se debe privilegiar la protección del interés superior -de un menor o adolescente-, principio que tiene un sinfín de interpretaciones. Este principio, como tantos otros, sólo puede traer luz a un plexo normativo, pero nunca puede ser aplicado sin un respaldo (jurídico), vale decir que no es suficiente la simple reminiscencia, sino que resulta indispensable la referencia estricta de lo que verdaderamente queremos tutelar ¿Cuanta inseguridad jurídica tendríamos con la sola y amplia aplicación e interpretación de los principios en cabeza de los magistrados?

Ahora bien, si el menor no tiene cumplido los 13 años el consentimiento será lícito si fue otorgado por el titular de la responsabilidad parental; dejemos entonces para otro encuentro lo referido a los Derechos personalísimos, pareciera no haber quedado claro que los Niños, Niñas y Adolescentes (NNyA) son sujeto de derecho y no objeto de protección, persona humana con derechos de los cuáles actuar en su nombre y representación no debe ser de acceso ilimitado para quienes cuidamos ellos, como para quienes tienen el deber de cuidado mediante la norma y la presencia (visible) del estado.

### III. CONCLUSIÓN.

Como corolario, la reforma siempre es auspiciosa en tanto y en cuanto no se pierda de vista los casos de éxito, y para tenerlo debemos focalizarnos no en una organización sino en lo que nos une con la sociedad, en las personas. Pensemos una reforma en donde nosotros podamos ser la conquista y no los conquistados, que el caso de éxito comience en nuestra legislación.

### BIBLIOGRAFÍA

Johanna Caterina Faliero PhD, “Propuestas, Opiniones y Comentarios al Anteproyecto de Ley de Protección de Datos Personales”, artículo publicado en Septiembre del año 2022. [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/webform/comentarios\\_al\\_anteproyecto\\_lpdp\\_aaip\\_dr\\_afalierophd.pdf?80c856445e68](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/webform/comentarios_al_anteproyecto_lpdp_aaip_dr_afalierophd.pdf?80c856445e68)

Helio Juan Zarini, “Constitución Argentina Comentada y Concordada, Texto según reforma de 1994 Análisis de los artículos desde su origen hasta la actualidad, Tratados Internacionales con jerarquía constitucional Gobernantes. Leyes Complementarias.” Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma Buenos Aires 1996.

Reynaldo Nuncio Limon, “La Magia del Software: Historia, Fundamentos y Perspectiva” (Paperback / softback, 26 de septiembre de 2016), ISBN-13978-1539158127.

Revista digital de la Biblioteca del Congreso de la Nación, Dossier Año X - n° 218, febrero 2022 Legislación Nacional Protección de Datos Personales <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/Dossier-218-legis-nacional-proteccion-datos-personales.pdf>

---

# Notas sobre la cuestión constitucional en Chile

Autor: **Víctor Manuel Avilés Hernández**<sup>1\*</sup>

---

**SUMARIO:** Introducción. I. Sobre la legitimidad de una constitución. II. Constitución de 1980 y legitimidad. III. Antecedentes de la Constitución de 1980. IV. Historia y evolución de la Constitución de 1980. V. Principales características de la Constitución de 1980. VI. La lucha por lo constitucional. VII. Etapas del proceso hacia una nueva constitución. VIII. Conclusiones

## RESUMEN

Como muchas veces ocurre -o posiblemente como una condición indefectible-, la definición del marco constitucional ha sido capturada por la fase agonal de lo político. En el caso chileno, aún sin salirse de dicha regla, la evolución hacia una Nueva Constitución se ha enmarcado institucional y democráticamente. La historia comenzó al respecto hace varios años. Actualmente, se avanza en el contexto un Tercer Proceso constituyente, cuya suerte decidirá la ciudadanía mediante un plebiscito.

## PALABRAS CLAVE

Constitución. Nueva Constitución. Legitimidad. Primer Proceso. Segundo Proceso. Tercer Proceso.

## INTRODUCCIÓN

Agradezco sinceramente la invitación del Colegio de Abogados de San Isidro a escribir en su publicación Revista Jurídica de San Isidro, la que me fuera cursada por su directora Julia Leonor Bruzzone a través

---

<sup>1</sup> \*Abogado y Magíster en Derecho, mención derecho tributario, Universidad de Chile. Profesor asociado de Derecho Constitucional de la misma universidad. Autor de obras y de artículos en revistas especializadas. Recientemente ratificado por el Senado de la República, a propuesta de la Cámara de Diputados, como uno de los miembros del Comité Técnico de Admisibilidad del proceso constituyente. Socio de Larrain y Asociados. [vm\\_aviles@larrain.cl](mailto:vm_aviles@larrain.cl)

de Gísela Hörisch, colega a la que tuve la oportunidad de conocer en una actividad académica en Asunción, Paraguay.

El 17 de enero de 2023 se publicó la ley 21533, misma que incorporó a la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (en adelante la “Constitución”), los artículos 144 a 161, a efectos de regular una vez más el proceso de elaboración y aprobación de una nueva constitución para Chile (en adelante el “Tercer Proceso” y la “Nueva Constitución”, respectivamente).

El Tercer Proceso viene precedido de una larga historia de cuestionamientos a la legitimidad de la Constitución, de forma y fondo, así como de origen, los que derivaron en procedimientos previos intentados para su cambio *in integrum*.

Siendo una constitución política la norma que *constituye* el poder y abrocha la fuerza, resulta evidente que su establecimiento viene precedido también de la lucha propio de lo político, en uno de sus aspectos. Chile no ha sido novedad a este respecto.

En el presente trabajo, meramente descriptivo y de difusión, se entregan junto a datos algunos elementos de dogmática constitucional, para dar cuenta de la evolución del proceso constituyente en Chile.

## I. SOBRE LA LEGITIMIDAD DE UNA CONSTITUCIÓN

Esta materia es espinuda. No sólo desde el punto de vista conceptual, sino más bien dadas sus derivadas prácticas en momentos precisos. Siempre detrás de una definición constitucional normativa existe una toma de posición -cuestión que se agudiza en tanto más materias se aborden-. Normalmente existe(n) una(s) visión(es) que queda(n) excluida(s), la que se enfrenta a la tentación de objetar el texto con argumentaciones sobre la ausencia de legitimidad, formal o sustancial. La lucha por lo constitucional no termina, en consecuencia, con la aprobación de la Constitución. La sola incorporación de derechos y libertades a los textos constitucionales, así como su equilibrio relativo, agudiza esta situación, la que no obstante se encuentra presente desde incluso la definición de la forma de Estado o régimen de gobierno.

Para introducir la amplitud del punto, así como su relativa inutilidad, copio dos enfoques disímiles a partir de obras homónimas.

Como primera aproximación, Carl Schmitt plantea la cuestión de la legitimidad fundada en que se reconoce, en el hecho y derecho, fuerza y autoridad a la Constitución precisamente pues refleja la situación misma del Estado o *existencia política*, no creando ni alterando ella<sup>2</sup>. Luego, sobre el origen de la legitimidad, Schmitt da cuenta de la opción *dinástica* -el monarca- o *democrática* -el pueblo-, como únicas fuentes posibles. No emanaría, entonces, la legitimidad de una constitución del hecho de haberse dictado bajo las reglas de la constitución previa -ideal normativo liberal- en cuanto procedimiento y titular. Schmitt califica dicho enfoque de *absurdo*. Para Schmitt la legitimidad no se radica en el respeto a los preceptos normativos de una constitución previa. La creación constitucional es esencialmente política y no basa su legitimidad en el cumplimiento de lo propiamente jurídico o normativo. Aplicando estos pensamientos, podríamos considerar que ni la Constitución vigente en Chile es necesariamente ilegítima, ni lo es tampoco aquella que podría surgir del procedimiento que se definió a contar del 2019 para su reemplazo -ya no ocurrió- ni del actual procedimiento en curso. Evidentemente, estas afirmaciones dan para un artículo más extenso.

A partir de otra visión, más próxima en el tiempo y el espacio, Néstor Pedro Sagües<sup>3</sup> aborda la legitimidad desde lo que denomina dimensión axiológica, en una doble perspectiva, nacional e internacional. Serían legítimas las normas constitucionales si se adecuan con el *bien común*, nacional o internacional, esto es, si reflejan adecuadamente valores jurídico-políticos como lo son la libertad, la seguridad jurídica, la igualdad

---

<sup>2</sup> Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. (España: Alianza Editorial, 2017) páginas 137 y siguientes.

<sup>3</sup> Sagües, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2004) páginas 213 y siguientes.

y otros, balanceándolos de forma razonable, al no poder responderse por todos en todo momento, con igual intensidad. Luego, Sagües radica lo antes señalado en el campo de la *legitimidad sustancial*, la que contrasta con la *legitimidad formal*, relativa a la competencia (sujeto constituyente) y los trámites (procedimiento de aprobación). El profesor Sagües toma nota del fenómeno que inicialmente relevamos sobre las dudas que genera la argumentación sobre la legitimidad, dando cuenta de la manipulación posible, por la vía de una visión parcial -formal o sustancial- o desequilibrada de un aspecto. Sobran los comentarios, si se aplican estas categorías a lo que ha venido ocurriendo en Chile desde incluso antes del inicio de la vigencia de la actual Constitución, donde las argumentaciones van desde la legitimidad del proceso revolucionario de 1973 -golpe de Estado-, hasta la descalificación del resultado normativo de 1980, sea desde la perspectiva sustancial, sea desde la formal.

Finalmente, en la misma línea, hay quienes plantean -no sin contradictores<sup>4</sup>- la *legitimación constitucional*, como una realidad más relevante que la legitimidad de origen, especialmente formal<sup>5</sup>. Por ejemplo, si una constitución sentó las bases sociales, políticas y económicas para un desarrollo sin precedentes en la región; si ha sido modificada en el tiempo cuando han existido acuerdos amplios; si ha generado prácticas y costumbre constitucional; si ha absorbido y se ha integrado con la visión internacional de los derechos fundamentales; si ha permitido gobiernos de diferente sello, y; si además en su momento sentó las bases para poner término a una dictadura, sería más valioso analizar si ella ha sido entonces *legitimada*, que centrarse una visión *historicista* y estática sobre el origen.

Aterrizando en el análisis posterior, tomando las categorías de Schmitt y las ideas de *constitución material* y legitimidad a partir del *ser nacional*, podríamos concluir que este último no fue bien reflejado por los redactores del texto propuesto en el Segundo Proceso, como habría puesto en evidencia el resultado del plebiscito respectivo, donde se impuso abrumadoramente el rechazo al mismo. Luego, aún asumiendo la existencia de un proceso revolucionario inicial el 2019, la lectura que hicieron los redactores de las bases teóricas del movimiento, incluso aceptando que el mismo fuere legítimo, no fue acertada. Un mínimo conocimiento del discurso académico y político de esos meses permite apreciar cómo se pretendió una captura del movimiento popular a efectos de *hegemonizarlo*. Pero en los hechos, ello ha sido esquivo, como quedó finalmente demostrado.

## II. CONSTITUCIÓN DE 1980 Y LEGITIMIDAD

Desde su aprobación, la Constitución ha sido objeto de críticas invocando su falta de legitimidad desde diferentes perspectivas, muchas de ellas opinables.

En un inicio, se plantearon las siguientes objeciones, en conjunto. Primero, el haber sido aprobada en el contexto de un gobierno militar erigido luego de un golpe de Estado. Segundo, haber sido redactada por una comisión ad-hoc -más allá del alto nivel que tuvo y su conformación- designada por el gobierno militar. En tercer lugar, haber sido además revisada y corregida por la Junta de Gobierno.

Además, en cuanto al fondo, los principales cuestionamientos iniciales daban cuenta del procedimiento diseñado para el retorno a un régimen democrático -*transición*-, y del rol de las Fuerzas Armadas en materia política y de control del poder político, entre otros aspectos.

Más a fondo, se cuestiona por algunos el hecho de haberse roto con la gradualidad propia de la tradición chilena y con las constituciones predecesoras<sup>6</sup>, siendo un texto refundacional -carácter, que otros discuten como elemento de ilegitimidad-. Con una posición más radical aún, se habla de una constitución que

<sup>4</sup> Soto, Pablo. *Notas acerca de la Legitimidad de la Constitución de 1980*. www. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/notas-acerca-de-la-legitimidad-de-la-constitucion-de-1980/>

<sup>5</sup>

<sup>6</sup> Ossa Santa Cruz, Juan Luis. *Chile Constitucional (Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2020)* página 86 y siguientes.

al haber sido elaborada sin escuchar al *otro* en la búsqueda de la visión de *todos*, en una situación de igualdad, tiende a fijar una determinada visión de la sociedad a la vez que excluye otra, por lo que no puede ser *apropiada* o validada por el conjunto de la sociedad, bajo la idea ficta que de haber estado allí, el resultado habría sido el mismo.

Luego, una vez aprobada la Constitución en virtud de un plebiscito de 1980, los cuestionamientos surgieron también en lo relativo a la organización del proceso -ausencia de registros electorales y control del mismo por parte de los jefes municipales designados- y la supuesta manipulación de los resultados, amén de la no igualdad de los espacios públicos de propaganda de una y otra opción.

No obstante ello, en el tiempo la Constitución fue objeto de un plebiscito no cuestionado en 1989, donde se le introdujeron múltiples reformas demandadas por la oposición al Gobierno Militar; así como de decenas de reformas en pleno régimen democrático aprobadas en el Congreso Nacional, incluyendo una que forzó a resistematizar su texto en el 2005, dando lugar a la denominada *Constitución del Presidente Lagos*, la que a su vez siguió siendo reformada. Este conjunto de modificaciones parciales pero sustanciales -junto con su interpretación y aplicación- permitió a algunos plantear la legitimación del texto constitucional en el tiempo. Tal es, por ejemplo, la posición de Pablo Ruiz-Tagle<sup>7</sup>, quien además distingue dentro del período de vigencia de la Constitución el denominado *autoritario*, hasta 1990, y el *neoliberal*, a partir de esa fecha que marcaría el inicio de lo que denomina *Quinta República*, apelando a las conocidas categorías francesas.

A los cuestionamientos anteriores, se sumaron cuestionamientos de fondo que se aproximan a un punto de legitimidad. Concretamente, luego de sometido el poder militar al poder civil y político, eliminadas ciertas atribuciones de algunas instituciones sin parangón -v.gr. el Consejo de Seguridad Nacional- a través de sucesivas modificaciones, el remanente de crítica tuvo relación con la forma en que el texto constitucional producía al menos dos efectos. El primero, era el relativo a la forma de generación de las autoridades políticas y, el segundo, el sistema de quórum que complicaba la producción de cambios en el tiempo.

En los últimos años, discusiones sobre contenido constitucional perfectamente legítimas -por ejemplo, la existencia de leyes supramayoritarias sobre materias residuales relevantes o el sistema electoral parlamentario- se tiñeron del color de la ausencia de legitimidad, con efectos relevantes, como se verá.

### III. ANTECEDENTES DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

Aunque no en exceso, la historia constitucional chilena ha presentado varios textos en el tiempo. Luego de varios ensayos y no sin un breve período de luchas intestinas, en 1833 se estabilizó la vigencia de un texto constitucional bajo el cual, en el tiempo y a través de interpretaciones, varió sustancialmente el eje del poder. Las primeras décadas, existió un predominio conservador, donde el eje del poder fue la presidencia de la república. Luego, a finales del siglo XIX, a costa de una guerra civil en 1891, se terminó de imponer lo que se llamó la *república parlamentaria*<sup>8</sup> -en base a interpretaciones de las facultades constitucionales del Congreso Nacional en relación a leyes periódicas básicas para la función ejecutiva-, período donde cambió entonces el eje del poder. Dicha república terminó abruptamente por una manifestación militar -*ruido de sables*- ante la incapacidad del Congreso Nacional de dictar ciertas leyes, algunas de alcance social, lo que originó el que se decidiera avanzar hacia una nueva constitución. La misma fue la Constitución de 1925, dictada luego incluso de la partida al exilio del presidente constitucional y su vuelta al país y a sus funciones, tras lo que para algunos fue un fracaso golpista.

Para ello, Arturo Alessandri -presidente constitucional- ideó un sistema de redacción de la constitución, la que finalmente fue validada por la ciudadanía mediante plebiscito de agosto de 1925. Dicha constitución rigió, en general, hasta 1973 y con bastantes particularidades, entre dicho año y 1981.

---

<sup>7</sup> Ruiz-Tagle, Pablo. *Cinco Repúblicas y una Tradición* (Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2016) página 162.

<sup>8</sup> Técnicamente, no se trató de un régimen de gobierno parlamentario, donde el Congreso Nacional determinaba la cabeza del ejecutivo.

Las razones tras el golpe de Estado de 1973, en opinión de algunos, tuvieron relación con la forma en que las autoridades electas -gobierno de la Unidad Popular encabezado por Salvador Allende- ejercieron el poder, lo que llevó a un conflicto sobre la constitucionalidad de su actuar frente a otros poderes del Estado<sup>9</sup>. Ello, junto con circunstancias sociales y económicas relevantes y complejas. Por lo mismo, producido el golpe, se mantuvo vigente “en la medida de lo posible” el texto constitucional, es decir, sin Presidente electo y sin Congreso Nacional, dejándose eso sí a salvo, por ejemplo, las atribuciones del Poder Judicial incluyendo su potestad de conocer el *habeas corpus*. La sustancia detrás de ello, era la *ilegitimidad de ejercicio* en que habría caído un gobierno “inicialmente legítimo”<sup>10</sup>.

La junta militar que gobernó Chile a contar de 1973 se reservó no sólo el poder ejecutivo y el legislativo, sino también el poder constituyente, poderes estos dos últimos que ejerció en base a la misma fuente normativa, los *decretos leyes*. Luego, si bien la Corte Suprema conservó la facultad de declarar inaplicable una norma de rango legal por inconstitucional, se hizo en extremo difícil determinar si un decreto ley era tal o, simplemente, modificaba tácitamente la Constitución. Este problema se solucionó por la propia Junta de Gobierno de manera formal, al determinarse que a partir de un momento las reformas constitucionales deberían ser expresas. Así, se validó la multiplicidad de fuentes de normativa constitucional. Por lo mismo, con posterioridad existió un esfuerzo por sistematizar a través de las denominadas Actas Constitucionales la reforma de la Constitución de 1925, en base a capítulos<sup>11</sup>. Se trataba de reformas orgánicas de partes completas de la Constitución de 1925.

Ya a los pocos años del golpe de Estado, existía en consecuencia dispersión de normas constitucionales -Constitución de 1925 vigente en parte; decretos leyes que la reformaban tácita o expresamente, y; Actas Constitucionales-, lo que de suyo complicaba su supremacía formal y sustancial de la carta fundamental. A ello se sumaban los problemas constitucionales que estuvieron tras las causas remotas del golpe de Estado -v.gr, control político de la facultad de imperio de los tribunales-, todo lo que hizo aconsejable -en visión de las autoridades de la época- el avanzar hacia una nueva constitución, la que finalmente sería la de 1980.

#### IV. HISTORIA Y EVOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980.

La comisión encargada de redactar el anteproyecto de constitución – “Comisión de Estudios de la Nueva Constitución”<sup>12</sup>- trabajó con actas públicas y sometió el mismo a la revisión del Consejo de Estado<sup>13</sup>, organismo asesor de la Junta de Gobierno de conformación corporativa, no representativa ni electiva. Dicho consejo hizo modificaciones al anteproyecto y sometió el texto a la Junta de Gobierno, la que además reguló sustancialmente el proceso de transición a la democracia para los años siguientes. Este proyecto se sometió a plebiscito el 11 de septiembre de 1980, obteniéndose como resultado por la opción de aprobar (“Sí”) el 67,04%<sup>14</sup>. Es importante consignar que por la opción de rechazar el texto propuesto estuvieron no sólo las fuerzas que habían apoyado el gobierno de Salvador Allende sino también parte de quienes habían apoyado inicialmente el golpe de Estado, incluyendo el propio ex presidente Eduardo Frei M.

<sup>9</sup> Existen pronunciamientos formales al respecto de la Cámara de Diputados de la época y de la Corte Suprema, dando cuenta de las inconstitucionalidades e invasión de facultades en que habría incurrido el ejecutivo.

<sup>10</sup> Bando N° 5, de la Junta de Gobierno, emitido el mismo 11 de septiembre de 1973.

<sup>11</sup> Fueron cuatro sobre la creación del Consejo de Estado; los regímenes de excepción constitucional; los derechos y garantías constitucionales, y el recurso de protección, principalmente.

<sup>12</sup> Conformada, entre otros, por don Enrique Ortúzar SM-su Presidente-; Jaime Guzmán E.; Luz Bulnes A.; Alicia Romo R.; Alejandro Silva B.; Rafael Eyzaguirre E.; Jorge Ovalle Q; Enrique Evans de la C.; Sergio Diéz U.; Juan de Dios Carmona y Raúl Bertelsen R.

<sup>13</sup> Organismo consultivo creado a través de un Acta Constitucional y presidido por el ex Presidente de la República don Jorge Alessandri R.

<sup>14</sup> Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III. La Constitución de 1980. Antecedentes y Génesis.* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997). Páginas 198 y siguientes.

Desde un inicio, en consecuencia, existieron objeciones al estándar democrático de la Constitución. En razón de ello, una vez derrotado Augusto Pinochet U. como candidato de continuidad de la Junta de Gobierno en el plebiscito 1988<sup>15</sup> pero en las postrimerías del gobierno militar, el año 1989 un acuerdo desde la centro derecha hasta la centro izquierda -en realidad, todos los partidos políticos legalmente constituidos- propuso un conjunto de 54 reformas a la Constitución, las que se sometieron a plebiscito el 30 de julio de 1989 obteniéndose un resultado aprobatorio del 85,7%<sup>16</sup>. Dicho plebiscito no ha sido objeto de ningún cuestionamiento, razón por la que para algunos marca el inicio del proceso de legitimación del texto constitucional. En este proceso se incorporaron a la normativa interna, con una supra jerarquía al menos frente a la ley, los tratados internacionales suscritos y vigentes en materia de derechos fundamentales; se eliminaron normas que se estimaban podrían restringir el debate democrático; se eliminó la facultad presidencial del disolver por una vez la Cámara de Diputados; etc.

A contar del año 1990, se produjo la reinstalación del Congreso Nacional. El mismo, en su primera etapa, tuvo una fracción menor de senadores designados y otros vitalicios. Los senadores electos, lo fueron en base al denominado sistema denominado binominal, no exento de cuestionamientos. En dicho contexto se aprobaron con los quórum de 2/3 y 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio, varias decenas de modificaciones constitucionales. Tal circunstancia ha sido invocada en múltiples oportunidades como una forma de legitimación de la Constitución. En el tiempo, las reformas abarcaron prácticamente la totalidad de los capítulos de la Constitución.

Hasta 2019 las más relevante de las reformas aprobadas en el Congreso Nacional desde el retorno a la democracia, fue la del año 2005 a través de la ley 20.050. Fueron 58 las normas modificadas, al punto de debatirse si hubiera nacido una nueva constitución en propiedad, en virtud de cambiar también el decreto de promulgación y la firma del Presidente de la República puesto en él -Ricardo Lagos E. reemplazó a Augusto Pinochet U-. Para algunos, más modestamente, se marcó solo el fin de la *transición*. En lo medular, se terminó de someter el poder militar al civil; se potenciaron las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados; se concentró en el Tribunal Constitucional el ejercicio del control de constitucionalidad represivo eventual de la ley -en virtud de una acción especial-, creándose además la declaración de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes*; se eliminaron los senadores designados y vitalicios, etc.

Luego, a contar del 2019, las principales modificaciones como se explicará, se centraron en habilitar un procedimiento de cambio constitucional para avanzar hacia una nueva constitución.

## V. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1980

La dogmática entrega muchas formas de clasificar una constitución. A continuación, abordaremos algunas de ellas.

Desde el punto de vista de la facilidad para su modificación, considerando que la actual Constitución requería quórum de 2/3 o 3/5 de los senadores y diputados en ejercicio dependiendo de la importancia del capítulo a reformar -con doble trámite, en una misma legislatura, sin elección de por medio-, podemos decir que se trataba de una constitución semi rígida. Ello, además, considerando que no consagra cláusulas pétreas. No obstante lo anterior, las más de 50 leyes de reforma constitucional en el tiempo permiten señalar que, en los hechos, se ha comportado como una constitución más bien flexible. Tal característica se habría agudizado el 2022, al rebajarse los quórum a 4/7.

Desde el punto de vista de su extensión formal, al contemplar originalmente algo más de 100 artículos

---

<sup>15</sup> El mismo buscaba determinar si el año 1989 habrían elecciones abiertas presidenciales y parlamentarias (opción "No") o, de ganar la opción "Sí", se mantendría por 8 años más Augusto Pinochet como Presidente de la República, eligiéndose un Congreso. La opción Sí obtuvo un 43% de los votos, por lo que fue derrotada.

<sup>16</sup> Andrade Geywitz, Carlos. *Reforma a la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991). Páginas 192 y siguientes.

-hoy ello ha aumentado, a propósito de los sucesivos procedimientos de cambio constitucional- podemos señalar que es una constitución de una extensión moderada.

Desde el punto de vista de extensión sustantiva, la Constitución regula forma de Estado, régimen de gobierno, derechos y garantías constitucionales, nacionalidad y ciudadanía, algunos órganos constitucionales especiales y sistema de reforma. Luego, su extensión sustantiva sería también moderada. No obstante ello, para algunos autores adopta definiciones de política pública o de modelo económico, que tienden a restringir el debate democrático, dando en consecuencia a concluir que es una constitución más bien extensa en contenidos y excluyente de visiones legítimas.

En cuanto a la técnica legislativa, es una Constitución que, si bien contiene algunos principios en la parte inicial o dogmática, en general las normas presentan más bien el carácter de reglas.

Finalmente, considerando las categorías de Loewenstein<sup>17</sup>, podríamos dar cuenta de que la Constitución es propiamente *normativa*, en particular por el desarrollo de la labor del Tribunal Constitucional, y no *nominal* ni *semántica*. Ello, al no ser generosa al momento de consagrar con garantías los derechos sociales, económicos y culturales, sino más bien estableciendo normas programáticas a dicho respecto, junto con prestaciones básicas aseguradas<sup>18</sup>.

En suma, se podría señalar que es una Constitución sobria que no resalta, particularmente, por alguna característica que haya sido llevada al extremo. En la visión histórica, en nuestra opinión, la misma presenta elementos propios del constitucionalismo social.

## VI. LA LUCHA POR LO CONSTITUCIONAL

No obstante lo anterior, la Constitución presenta tres marcas indelebles. La primera, es la Constitución que a lo menos nominalmente, fue redactada y aprobada en el contexto de un gobierno militar. Segundo, es una Constitución que, a la luz del estatuto de garantías, derechos y libertades, así como su régimen recursivo, ha sido un impedimento para llevar adelante ciertas políticas económicas más bien de ultra izquierdas, por lo que se la tilda de liberal o neo liberal. Finalmente, es la Constitución con la que gobernó principalmente la centro izquierda tradicional en Chile -la de los últimos cuarenta años- de manera alternada con la centro derecha. De forma concreta, cinco y dos gobiernos, respectivamente. Además, la Constitución durante muchos años contuvo las bases del sistema electoral parlamentario denominado *binominal* -dos electos por cada unidad, donde sólo si la lista mayoritaria duplica a la segunda lleva los dos cargos-, lo que operó como una forma de potenciar siempre a los dos grupos mayoritarios, con una competencia más bien centrípeta, excluyendo a grupos extremos o desafiantes, que inicialmente fueron de izquierda. Siendo así, no es raro que lo constitucional haya sido, inicial y fuertemente, un tema levantado con insistencia por dichos grupos. De alguna manera, el destino de la Constitución quedó atrapado dentro de esta lucha entre la centro izquierda que había gobernado y los nuevos grupos de izquierda, desafiantes a la misma.

La sucesiva implementación de reformas constitucionales, particularmente la de 2005, que llevó incluso a poner la firma del Presidente Ricardo Lagos E. en el decreto de promulgación del texto constitucional, resistematizado, hizo que en el tiempo los argumentos relativos a los problemas de legitimidad del texto constitucional perdieran poder de convicción, considerando además el tiempo transcurrido. Por ello, se hizo necesario sofisticar la argumentación y llevarla a asuntos más bien de fondo.

<sup>17</sup> Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. (Barcelona, Ariel, 1979). Páginas 216 y siguientes.

<sup>18</sup> Esta afirmación nos introduce a una materia que exige mayor desarrollo en cuanto a la naturaleza y contenido de los derechos sociales. El mismo, para algunos, va desde meras finalidades exigibles al Estado -normas programáticas- hasta prestaciones concretas demandables por individuos. En el medio, se encuentran posiciones que sostienen que se trata del deber de compensar fallas de mercado en ciertas materias -como educación, salud, vivienda y previsión- con un estándar mínimo compatible con la dignidad humana o, en un sentido diverso, la sustracción del mercado de una órbita de la actividad humana -dichas materias- para asegurar una prestación igualitaria. En este último nivel, se abre además la discusión de si fuera del mercado es posible la colaboración privada o sólo procede el monopolio estatal de lo así publicitado.

Los mismos, además de centrarse en que sería una Constitución de tipo neoliberal, que impediría llevar adelante reformas en materia de salud y pensiones -por ejemplo- para centralizar en el Estado el rol de prestador exclusivo, entraron además a describir la forma en que la Constitución estaba afectando la conformación del sentir político social.

En la obra *La Constitución Tramposa*, Fernando Atria<sup>19</sup> tiene la gracia de poner en pocas palabras varias de las críticas que, al respecto, circulaban<sup>20</sup>. Aunque la evidencia posterior no fue tal, se sostenía que la Constitución se diseñó para que, sucediera lo que sucediera -governare quien governare- las cosas no cambiaran. Tal efecto se lograría a través de varias vías. En primer lugar, la conformación del Senado contenía representación estamentaria o corporativa, a través de un número menor pero incidente de senadores designados -autoridades universitarias, militares, etc.- y de otros vitalicios -ex Presidentes de la República-. Así, más allá de los resultados electorales, existiría siempre inercia en el cambio del pensamiento de la mayoría parlamentaria. Esto duró hasta el 2005. De otro lado, el sistema electoral del Congreso Nacional, que como hemos dicho se denominó *binominal*, tenía ciertas características. En primer lugar, centralizaba el debate, excluyendo los extremos. En segundo, tendía a empatar al grupo mayoritario con la primera minoría, en perjuicio de los demás grupos y, finalmente, excluía visiones completas de la actividad parlamentaria<sup>21</sup>. Así, todo lo anterior, sumado a la existencia de leyes supramayoritarias (altos quórum requeridos), no todas llamadas a formar parte propiamente del bloque de constitucionalidad -v.gr. las relativas a la educación-, como las leyes orgánicas constitucionales cuya modificación, creación o derogación exigían 4/7 de los senadores y diputados en ejercicio, permitía sostener que en suma no habría cambios sustanciales a la base constitucional.

Siendo así, la política, entendida como el debate público incidente en lo que ha de resolverse en la conformación de las políticas públicas, perdió relevancia en el tiempo y alejó a los ciudadanos del rol de control, pues con independencia de quien gobernara, nada sustantivo cambiaría. Este elemento, para muchos, operó como un elemento o punto a favor del texto constitucional, aunque, para otros, aumentó la exclusión de la que se sentían víctima.

Con todos estos elementos sobre la mesa, en la segunda década del siglo, ocurrieron cambios normativos y de facto que rompieron el equilibrio y activaron el proceso de avance hacia una nueva Constitución.

En lo normativo, se modificó el sistema electoral parlamentario, creando uno de tipo proporcional de mediana magnitud, que en el extremo permite la elección de hasta ocho parlamentarios en una misma unidad electoral, con sistema D'Hondt. Lo anterior, sin modificar el régimen de gobierno, que, sobre la base de la separación de poderes del Estado, conformaba un sistema presidencial reforzado. Como es conocido, tal combinación no se considera particularmente virtuosa<sup>22</sup>.

En los hechos, se produjo una secuencia compleja. En primer lugar, el sistema electoral atomizó las fuerzas parlamentarias, se agudizó el multipartidismo tradicional en Chile con la aparición de nuevos grupos y el debate en general se polarizó. En segundo lugar, el Presidente de la República perdió las mayorías parlamentarias firmes y quedó supeditado a la decisión de uno o más parlamentarios díscolos y, en tercer lugar,

---

<sup>19</sup> Atria, Fernando. *La Constitución Tramposa*. (Santiago de Chile, LOM Editores, 2013)

<sup>20</sup> *En definitiva, en opinión de algunos la Constitución ordenaría el poder de una forma que asegura que nada sustancial cambie, y que lo político pierda relevancia. Siendo lo político lo llamado a generar los cambios para implementar una visión de los derechos sociales como esferas fuera del mercado, esta posición no sería viable bajo el texto constitucional así estructurado. Esta fue la forma concreta en que las ideas de Laclau se desarrollaron en Chile, donde finalmente la idea del aglutinante "neo-liberal" se ató indefectiblemente a la suerte de la Constitución.*

<sup>21</sup> *Aunque, en justicia, se debe decir que dicho sistema se comportó de manera agregada como uno proporcional de baja magnitud, capturando la moderación, uno de los beneficios de los sistemas mayoritarios.*

<sup>22</sup> Ackerman, Bruce. *La Nueva División de Poderes* (España. Editorial Fondo de Cultura Económica, 2007) página. 40). *Dicho autor señala en tal obra "la forma más tóxica de división de poderes es la combinación constitucional de un presidente popularmente electo junto con un Congreso electo por un sistema de representación proporcional (...). Si un sistema electoral de representación proporcional es deseable, el sistema estadounidense de división de poderes no lo es, ya que el costo potencial de la representación proporcional en términos de estabilidad política del régimen es mucho más alto en los sistemas presidenciales que en los parlamentarios".*

las crisis requirieron soluciones que no fueron entregadas oportunamente por vía legislativa, lo que paralizó el sistema. Todo ello, a la par del reforzamiento de los grupos políticos identitarios y sus demandas. Así, se produce el denominado *estallido social* de octubre de 2019<sup>23</sup>, el que forzó a realizar cambios sustantivos.

En el contexto de tal estallido, luego de algunos días de violencia y delincuencia, reacciona una gran cantidad de la población que se expresa en las calles solicitando cambios sociales concretos en materia pre-visual, de salud y educación, entre otros, como los propiamente identitarios. Esta multiplicidad de reclamos y la incapacidad del gobierno de encauzar parlamentariamente las respuestas, generó un espacio para que la nueva izquierda, más extrema y desafiante a la izquierda central, lograra reunir las peticiones bajo la lógica de que en realidad lo que era necesario era un cambio constitucional. Ello, pues con el discurso de pretensión hegemónica de que era la Constitución el escollo para extraer del mercado ciertas áreas de la actividad humana. Las fuerzas políticas con representación parlamentaria tomaron nota de lo anterior, y en un acuerdo adoptado en pocas horas, se activó el que hemos denominado segundo proceso hacia una Nueva Constitución (el “Segundo Proceso”). En el próximo capítulo volveremos sobre el mismo y las razones de su estrepitoso fracaso.

## VII: ETAPAS DEL PROCESO HACIA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN

### A. Proceso “democrático, participativo e institucional” de Michelle Bachelet (el “Primer Proceso”).

En su programa de gobierno, la Presidenta Bachelet tomó nota del reclamo de parte de su base de apoyo político -no necesariamente ciudadano- de avanzar hacia una Nueva Constitución. El Partido Comunista se había sumado a la coalición de gobierno, lo que aumentó el eco de dicha demanda. He de señalar que dicho reclamo era relativamente minoritario<sup>24</sup>, como daban cuenta las encuestas y, en todo caso, subordinado a otras prioridades ciudadanas. La forma en que tomó dicho reclamo fue dando cuenta en el programa de gobierno de que se elaboraría un mecanismo “democrático, participativo e institucional”. Ello, a partir del hecho de que la Constitución, si bien contaba con un sistema de reformas constitucionales y no daba cuenta de cláusulas pétreas, no contemplaba un sistema de modificación *in integrum*, reservando además la consulta plebiscitaria sólo al caso de un conflicto entre las posiciones del Congreso Nacional y el Presidente de la República, en relación a una reforma concreta.

Al efecto, el gobierno en cuestión a contar del año 2014 habilitó un proceso piramidal de participación ciudadana. En una primera etapa, con algún sistema de control, los ciudadanos podrían organizar en base a una metodología creada a partir de temáticas tomadas de un conjunto de constituciones de referencia, un Encuentro Local Autoconvocado (en adelante los “ELA”), en el lugar en donde lo desearan, incluso en sus propias casas. Estos encuentros eran eventualmente monitoreados por encargados oficiales de colaborar en la organización, todo bajo la atenta mirada de un Consejo de Observadores designados, de base ciudadana y amplia. Una vez terminado el período de los ELA, los resultados se sistematizarían y luego discutirían en Cabildos Provinciales y, para finalizar, en Cabildos Regionales. Toda la información así recibida sería procesada por profesionales que dieran garantías a todos, para luego dar cuenta de la visión ciudadana sobre la Nueva Constitución que se deseaba. En base a ello, finalmente, se elaboraría una propuesta de Nueva Constitución, quedando pendiente definir la forma en que la misma sería validada. Aunque hubo participación ciudadana, la misma no alcanzó gran masividad pese a la enorme cantidad de recursos públicos dispuestos al efecto.

<sup>23</sup> *Eventos violentos suscitados a contar de esa fecha, precedidos por un alza marginal en el costo de transporte público en la capital.*

<sup>24</sup> *Por ejemplo, la encuesta del CEP “Estudio Nacional de Opinión Pública, Noviembre-Diciembre de 2016”, con el Primer Proceso de discusión constitucional activado, dejaba lo relativo al cambio constitucional en último lugar, con sólo dos menciones en cuanto a si debía ser parte de las tres prioridades del gobierno (lugar 16 de la tabla), muy por debajo de lo relativo a la delincuencia (52 menciones); salud (43 menciones) y educación (36 menciones), por ejemplo. Hacemos presente que no creemos que de estos datos necesariamente se pueda concluir que las personas no le asignan importancia a la materia, sino que más bien, en caso de tener que priorizar, ven necesario abordar otras materias primero. Ver [https://www.cepchile.cl/wp-content/uploads/2022/09/encuestacep\\_nov\\_dic2016.pdf](https://www.cepchile.cl/wp-content/uploads/2022/09/encuestacep_nov_dic2016.pdf)*

En parte por ello, en las postrimerías de su gobierno y también en atención a las diferentes visiones de los partidos que conformaban su coalición de Gobierno, la Presidenta Bachelet presentó un abigarrado proyecto de reforma constitucional con alternativas para la aprobación de la Nueva Constitución, así como una propuesta de la misma. Esta última, se redactó a partir del texto de la Constitución vigente, con importantes cambios en las materias que se estimó como de prioridad ciudadana. Finalmente, dicho proyecto no avanzó. Como corolario, se debe dar cuenta que en realidad el proceso en su conjunto no logró una adhesión ciudadana masiva ni tampoco el compromiso generalizado de los partidos políticos de todo el espectro.

A continuación, el segundo gobierno del Presidente Piñera (2018-2022) no avanzó inicialmente en el cambio constitucional, materia que tampoco se percibía como prioridad ciudadana<sup>25</sup>, sin perjuicio de lo que sucedió luego a consecuencia del *estallido social*. En efecto, atendido tal estallido de violencia y las dificultades del Estado de Chile para controlar el orden público, se suscribió el denominado Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución (el “APyNC”)<sup>26</sup>. A este respecto, hago presente mis reservas.

## **B. Proceso constituyente como reacción ante el estallido social o Segundo Proceso.**

Este proceso, nació intentando reflejar el conjunto de posiciones ciudadanas tras las manifestaciones posteriores al estallido social del 2019. Si bien concurrieron gran parte de los partidos democráticos con representación parlamentaria, es decir, no fue unánime, en el corto tiempo el proceso se identificó más con fuerzas políticas identitarias e ideas de la izquierda más radical. En efecto, el plebiscito de apertura del proceso, donde se optó por avanzar hacia una nueva Constitución, dio cuenta de que la misma era la voluntad del 78,31% de la población<sup>27</sup> -con una participación de algo más de siete millones y medio de votantes-, por lo que probablemente los sectores más conservadores se opusieron al mismo sobre la base de que la *evolución constitucional* es ontológicamente superior a la idea de un momento refundacional. Adscribimos a esa teoría. No obstante, una vez conocida la propuesta de texto elaborado en el proceso, la misma fue objeto de un abrumador rechazo ciudadano, el que por cerca de un 61,86%<sup>28</sup> se pronunció en contra de ella (con voto obligatorio y habiendo votado más de trece millones de electores, lo que es absolutamente inédito). No sólo la centro derecha, sino también en parte la centro izquierda y una buena parte de la intelectualidad, se pronunció públicamente por el rechazo. En suma, se consideró la propuesta técnicamente deficiente, creadora de privilegios, desconocedora de derechos y libertades y contraria a instituciones democráticas básicas.

En cuanto a la estructura del proceso, una vez que el APyNC se plasmó en una reforma constitucional, se procedió a llevar a cabo el plebiscito de apertura. La primera pregunta era si se deseaba avanzar hacia una Nueva Constitución y la segunda guardaba relación con el mecanismo para su redacción. En relación a esto último, las opciones eran una Comisión Mixta, con representación parlamentaria y de ciudadanos electos y, la segunda, una Convención Constitucional electa en su totalidad, con las reglas de elección proporcional de los diputados. Se aprobó avanzar hacia una Nueva Constitución con el 80% de los votos y, por otro tanto, se optó también por la alternativa de Convención Constitucional. El rechazo a la clase política detrás de la crisis de estancamiento, que en lo constitucional hemos sostenido que se debió al bloqueo (*lock out*) entre Congreso Nacional y Presidente de la República, se tradujo en la idea de que no debían participar parlamentarios incumbentes en el proceso de redacción de la Nueva Constitución.

Luego de aprobadas las reglas constitucionales que operativizaron el APyNC, se realizaron ciertas modificaciones de la mayor relevancia, algunas de las cuales ocurrieron incluso luego del plebiscito de aper-

<sup>25</sup> La misma encuesta del CEP, en mayo de 2019 y antes del denominado “estallido social de octubre de 2019”, daba cuenta sólo de 3 menciones a la reforma constitucional como prioridad (lugar 15 de la tabla, sólo sobre transporte público), apareciendo como nueva segunda prioridad lo relativo a las pensiones. Ver <https://www.cepchile.cl/encuesta/estudio-nacional-de-opinion-publica-n83-mayo-2019/>

<sup>26</sup> Se puede revisar en

[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo\\_por\\_la\\_Paz.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf)

<sup>27</sup> Ver resultados en <https://historico.servel.cl/servell/app/index.php?r=EleccionesGenerico&id=10>

<sup>28</sup> Ver en <https://www.servel.cl/2022/09/05/servel-realiza-balance-del-plebiscito-constitucional/>

tura del proceso, lo que generó ya dudas sobre la legitimidad de lo ocurrido en adelante. En primer lugar, se estableció una regla de paridad en los electos, además de la preexistente en cuanto a la conformación de listas (*cuotas*). En segundo lugar, se facilitó al extremo la participación de independientes incluso en listas sin partidos políticos -con los efectos que ello tuvo para los precursores de políticas identitarias-. Y, finalmente, se estableció un mecanismo de participación de representantes electos de los pueblos originarios, supranumerarios a los 150 que inicialmente tendría la Convención Constitucional.

En cuanto a los contenidos, se optó por partir de lo que se denominó “una hoja en blanco”, la que, en todo caso, en opinión de algunos, ya consideraba contenidos mandatorios producto, según sus promotores, del rezago de la recepción constitucional de materias tales como la democracia directa o participativa, la protección de los recursos naturales, el reconocimiento constitucional de los pueblos originarios<sup>29</sup> y otras<sup>30</sup>. Se señaló que, en todo caso, no podía alterarse el sistema democrático republicano, las sentencias ejecutoriadas y los tratados internacionales, sin que en todo caso fuere claro el mecanismo de garantía de tales limitaciones.

La elección de los convencionales arrojó resultados inéditos. En general, tanto la centro derecha como la centro izquierda que habían gobernado Chile en las últimas décadas bajaron sustantivamente su votación, dejando de ser incidentes. Partidos nuevos de ideas de izquierda más bien radicales, junto con agrupaciones de ciudadanos con diferentes posiciones, incluido lo que se denominó la “Lista del Pueblo”, obtuvieron alta representación.

Luego, aun considerando que la regla de quórum aprobación de las normas constitucionales de la propuesta al interior de la Convención Constitucional exigía dos terceras partes de los convencionales, en los hechos, la centro derecha y alguna parte relevante del mundo de centro y centro izquierda, no tuvieron opción alguna de intervenir con incidencia en los contenidos, lo que desafectó del proceso a un sector importante de la población a la vez que permitió que el resultado o texto propuesto adoptara un cariz más ideológico. Por su lado, las normas aprobadas, con deficiente técnica legislativa, aumentaron excesivamente en comparación con lo que tradicionalmente habían sido las constituciones chilenas, entrando además a regular de un lado materias novedosas y, de otro, a cerrar debates a nivel constitucional con un sello que para algunos era partisano. Si bien se activó un proceso de participación ciudadana en base a la obtención de apoyo de más de 25.000 firmas, los proyectos que llegaron a ser exitosos en general no fueron considerados por la Convención con deferencia, todo ello en un proceso naturalmente veloz, lo que desafectó a otro sector de la población. La propia Convención tuvo actuaciones bizarras desde su instalación, incluido el rechazo a cantar el himno nacional, con similares efectos. Nada ayudó, por su lado, el hecho de que aparecieran a la luz ciertas conductas cuestionables de un convencional de alto perfil, lo que terminó apartándolo del proceso. Suma y sigue el paulatino proceso de desacreditación de la Convención, lo que sin duda afectó su proyecto. El mismo, además, era tímido en materia de seguridad -una de las principales preocupaciones ciudadanas-; ambiguo en materia de propiedad sobre los fondos de pensiones; permitía el sometimiento al control político del sistema judicial; creaba sistemas jurídicos y territorios diferentes en base a la pertenencia a una etnia, lo que se percibió como privilegios, y un largo listado de aspectos que fueron definitivamente objeto de un rechazo masivo. Por ello, la opción del rechazo obtuvo, con voto obligatorio, un resultado inédito cercano al 64%.

Desde el punto de vista normativo, en caso de ganar la opción rechazo, como de hecho ocurrió, seguiría riendo sin solución de continuidad la Constitución. La normativa no contemplaba otro proceso.

### **C. Proceso constituyente luego del fracaso del Segundo Proceso, o Tercer Proceso.**

La activación del Tercer Proceso, no ajena a rechazo *ab initio* de un sector relevante, fue producto de

<sup>29</sup> Este caso es particular, puesto que, si bien debía definirse tal materia por el constituyente en virtud del encargo, el constituyente derivado que habilitó el proceso en los hechos lo hizo, atendido la regulación de la elección de los representantes en la Convención Constitucional de dichos pueblos.

<sup>30</sup> Lorca, Rocío; Marshall, Pablo; Selamé, Nicole, y; Guiloff, María, junto a otros autores. *La Hoja en Blanco: Claves para Conversar sobre una Nueva Constitución* (Santiago de Chile, La Pollera Ediciones, 2020).

la confluencia de tres corrientes. La primera, la que siempre propició un cambio de Constitución, desde las posiciones de izquierda desafiantes a la centro izquierda tradicional. Segundo, las fuerzas de centro que con entusiasmo apoyaron el proceso institucional de cambios, pero ante los resultados se sumaron al rechazo. Muchos de estos grupos, además, interpretaron como vigente el mandato del plebiscito de entrada del Segundo Proceso, más allá del rechazo de un borrador determinado. Y, tercero, fuerzas de centro derecha que llevaron adelante la campaña del rechazo, junto con movimiento ciudadanos de todo tipo, sobre la base de que se habría traicionado la promesa de avanzar, en cualquier caso, hacia una “nueva pero buena Constitución”.

Este nuevo proceso, que hemos denominado Tercer Proceso, se inició a partir de ciertas lecciones recibidas del fracaso del proceso anterior. Las mismas son variadas, y las resumiremos apretadamente. El resultado que se buscaba no podía tener el carácter refundacional ni menos experimental, debiendo ser uno más acorde a la tradición constitucional chilena y su *ethos*. Por su parte, el proceso debería ser sobrio, con mayor intervención de lo que pasó a denominarse “expertos” -con la evolución que tuvo luego dicho concepto- frente a un menor espacio para el ciudadano que más allá de sus buenas intenciones, poco podía aportar a un buen resultado. Finalmente, el proceso debía construirse entonces no desde una “hoja en blanco”, como fue el caso del Segundo Proceso, sino a partir de ciertos *límites* o *bordes*, que luego se denominaron *principios*. Estos fueron acordados por las fuerzas con representación parlamentaria, tomando nota de las conclusiones sobre el deseo ciudadano, obtenidas de la lectura de los resultados del Segundo Proceso. Aquí, por ejemplo, se habla de *estado social y democrático de derechos*, con pleno respeto a las libertades y derechos (vida, propiedad, etc.); unidad nacional y reconocimiento y protección de las culturas de los pueblos originarios; separación de poderes del Estado y bicameralismo; relevancia del cuidado del medioambiente y otros. Adicionalmente, en lo propiamente electoral, se tomó nota del mal resultado que desde el punto de vista de la genuina representatividad democrática permitió el facilitar las listas de independientes -que en los hechos operaron como partidos políticos sin cumplir sus normas- y el permitir la representación de pueblos originarios sin considerar en la cantidad de personas que votaron por los candidatos presentados al efecto. Sí se mantuvo la paridad, como regla que llegó para quedarse, junto con una representación de los pueblos originarios en base al nivel real de votación y el total de la población. Además, se permitió a los partidos llevar en sus listas a independientes.

El Tercer Proceso, regulado por la ley 21533, misma que incorporó a la Constitución los artículos 144 a 161 en enero de 2023, tiene las siguientes características centrales. Un panel de 24 personas, 12 elegidas por el Senado y 12 por la Cámara de Diputados, conformará la Comisión de Expertos que, a partir de los principios acordados, debe proponer un texto constitucional en 3 meses. El mismo será revisado por una Consejo Constitucional de 50 miembros más hasta 3 representantes de pueblos originarios pues es variable su número, dependiendo de la cantidad de ciudadanos que opten por votar en el padrón especial, todos a ser electos en mayo de 2023. Este Consejo electo conforme la regla de elección de los senadores, proporcional pero de baja magnitud, tendrá 5 meses para acordar el texto final. En ambos casos el quórum será de 3/5 y, en caso de discrepancias entre los expertos y los electos, habrá un mecanismo de comisión mixta. Paralelamente, a objeto de salvaguardar el respeto de los principios acordados, existirá un Comité Técnico de Admisibilidad, con mayores requisitos de experiencia para conformarlo, que resolverá en caso de ser requerido ante propuestas que vayan contra estas bases. Finalmente, en cuanto al respeto de las reglas de procedimiento y del reglamento, será la Corte Suprema la llamada a resolver. En suma, una mezcla de representantes elegidos indirectamente a través de los parlamentarios, con exigencias de experiencia más que propiamente expertos; un panel arbitral de expertos y, del otro lado; un órgano representativo del pueblo con personas electas directamente. Es un procedimiento mixto, que ha buscado reflejar las lecciones aprendidas sobre el interés ciudadano, y debería permitir un resultado acorde a los principios fijados.

Finalmente, el texto será objeto de un plebiscito ciudadano con voto obligatorio y sólo en caso de aprobarse el texto, se pondrá término a la vigencia de la Constitución orgánicamente, entrando a regir la Nueva Constitución.

Evidentemente, la naturaleza de los bordes o principios, generó críticas. Por su parte, otro tanto ha causado la idea de expertos designados por las fuerzas del parlamento en forma proporcional, pues se habla de elitismo. Durante la elección de los Consejeros Constitucionales aparecerá, además, el cuestionamiento

asociado a que muchos candidatos son ex parlamentarios o autoridades que habían pasado al segundo plano, ante la emergencia de la izquierda desafiante que hoy gobierna, eso sí, con mínimo respaldo ciudadano y con un apoyo parlamentario frágil, como nunca. Habrá que ver, a través del resultado, si este cuestionamiento inicial logra revertirse, a la luz de una buena propuesta y del amplio acuerdo político que sustenta el Tercer Proceso.

## VIII. CONCLUSIONES

Con buenos, mediocres y malos argumentos, la Constitución ha sido parte del debate en las últimas décadas y desde su origen, aunque pocas veces ha sido el centro del mismo, salvo en el último tiempo.

Lo anterior, normalmente sobre la base de un rechazo político a las críticas a la Constitución, un creciente apego popular a muchos de los valores que ella encarna, y, por otro lado, un listado de prioridades ciudadanas que da cuenta preferente de otras materias más próximas a sus necesidades.

No obstante lo anterior, no hay dudas que desde el 2019 ha aumentado enormemente el nivel de conocimiento ciudadano sobre la importancia de la Constitución, a la luz que probablemente se han moderado las expectativas de la misma como solución a problemas sociales y económicos concretos.

Si bien el Tercer Proceso nace con objeciones fuertes -elitismo y reducción del campo al debate- es probable que la moderación en el ejercicio pueda aumentar el apoyo ciudadano, de cara a una eventual aprobación. La sobriedad del ejercicio sin duda jugará un rol definitivo en la suerte de la propuesta.

En todo caso, la existencia misma de bases, así como la exclusión de los miembros de la Convención Constitucional del Segundo Proceso del poder ser electos para el proceso en curso, planteará desafíos relevantes que hacen presagiar que, de manera alguna, incluso con la aprobación del texto, se habrá logrado el fin de la *cuestión constitucional* en Chile.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce. *La Nueva División de Poderes* (España. Editorial Fondo de Cultura Económica, 2007).
- Andrade Geywitz, Carlos. *Reforma a la Constitución Política de la República de Chile de 1980*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991).
- Atria, Fernando. *La Constitución Tramposa*. (Santiago de Chile, LOM Editores, 2013)
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. (Barcelona, Ariel, 1979). Páginas 216 y siguientes.
- Lorca, Rocío; Marshall, Pablo; Selamé, Nicole, y; Guilloff, María, junto a otros autores. *La Hoja en Blanco: Claves para Conversar sobre una Nueva Constitución* (Santiago de Chile, La Pollera Ediciones, 2020).
- Sagües, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 2004).
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. (España: Alianza Editorial, 2017).
- Silva Bascuñán, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo III. La Constitución de 1980. Antecedentes y Génesis*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997). Páginas 198 y siguientes.
- Ossa Santa Cruz, Juan Luis. *Chile Constitucional* (Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2020).
- Ruiz-Tagle, Pablo. *Cinco Repúblicas y una Tradición* (Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2016).

---

# El método de reconocimiento como respuesta al impacto del fenómeno migratorio en las relaciones internacionales de familia

Autor: **Leandro Baltar\***

---

**SUMARIO:** I. Introducción. - II. El fenómeno migratorio y la reagrupación familiar. -III. El pluralismo metodológico en el Derecho Internacional Privado. - IV. Las normas de reconocimiento y su aporte ante el impacto migratorio. - V. A modo de cierre

## RESUMEN

El tema que hoy me propongo hablar, de manera breve y no ambiciosa, radica en el nuevo y aún controvertido método de reconocimiento como una posible respuesta al impacto migratorio en las relaciones de familia y desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado (DIPr).

## PALABRAS CLAVE

Método de reconocimiento; Derecho Internacional Privado; Fenómeno migratorio; Multiculturalidad.

## I. INTRODUCCIÓN

Los movimientos migratorios no son un evento nuevo, todo lo contrario, provienen desde antiguo y se extienden a lo largo y ancho de todo el mundo. En algunos casos, las personas se vieron ante la necesidad de tener que atravesar las fronteras en búsqueda de mejores soluciones. En otros, fueron factores externos los cuales obligaron a las personas y/o familias a tener que cruzar los límites geográficos. La guerra entre Rusia y Ucrania permite ejemplificar este último supuesto.

---

\*Abogado. Magister en Derecho Internacional Privado (UBA). Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Becario Doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Privado (UBA, USI y UCES). Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscrito del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" (UBA). Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad. Contacto: leandrobaltar28@gmail.com

Esta migración internacional de las personas y familias impacta en el mundo jurídico, de eso no hay duda alguna. Los efectos que desencadena pueden ser estudiados desde todas las disciplinas, entre ellas, el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) se preocupa de manera particular en búsqueda de brindar una respuesta justa al desafío que presenta como consecuencia misma de la internacionalidad. En este sentido se entiende que la migración “ha venido a dar un protagonismo creciente al Derecho Internacional Privado, y no sólo porque aumentan las situaciones privadas internacionales objeto de su regulación, sino porque a él le corresponde contribuir a la difícil tarea de conciliación y ajuste social, dentro del respeto a la pluralidad cultural”<sup>1</sup>.

La evolución de las relaciones humanas, y especialmente las relaciones de familia, la invasión de las nuevas tecnologías junto a la facilidad de la circulación de las personas y las migraciones masivas impulsó a la internacionalidad a desconocidos enfoques que afectan al modo en que son reguladas. En efecto, nuevos retos se presentan para el DIPr, que debe actualizarse para buscar soluciones acordes a la realidad que hoy nos gobierna.

En este escenario de migración internacional, como no puede ser de otro modo, aparece un impacto caracterizado por la multiculturalidad. Desde una mirada global, nos enfrentamos ante diversos sistemas jurídicos nacionales con bases culturales distintas entre sí, los cuales tienen una perspectiva determinada y especial respecto a como interpretar y aplicar el derecho, la cual se traduce al modo en que se supone tanto la vida familiar, como el papel que desempeñará cada integrante de ella.

## II. EL FENÓMENO MIGRATORIO Y LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Planteada la introducción, y enmarcado el objetivo de estudio del presente trabajo, deseo enfocarme en un primer aspecto: el fenómeno migratorio y la reagrupación familiar.

El ser humano por sí mismo es un ser migrante. Los motivos que lo llevan a movilizar tanto interna como internacionalmente provienen de razones amplias y disímiles. Entre ellas, las crisis económicas son uno de los principales factores que impulsan a los flujos migratorios. Los impactos que generan trascienden los límites estatales llegando a afectar el mundo de modo completo. El DIPr de familia no permaneció ajeno a las transformaciones sociales que las influencias externas y los flujos migratorios trajeron consigo dando lugar a una sociedad que se caracteriza, hoy en día, por la multiculturalidad en todas sus facetas. Algunas familias viajaron, otras se rompieron y nuevas nacieron, hay consecuencias para todos los gustos y efectos jurídicos de todos los colores.

La identidad cultural es un factor importante para toda persona, mucho más para una familia. Es un término sumamente complejo de definir, cualquier tipo de calificación puede reducir o acotar su alcance. Pese a ello, y deseando ser lo más inclusivo posible, podemos entender que abarca la relación con el lugar con el cual se siente una pertenencia, sea por cuestiones históricas, geográficas, sociales, etc.

En ese punto, el derecho tiene una gran e invaluable influencia. La necesidad de la protección desde el DIPr radica en la búsqueda de incorporar soluciones que permitan garantizar la integridad e identidad cultural de todos los miembros de la familia cuando ella o parte de ella se vea en la necesidad u obligación de migrar. No puede obviarse que los procesos migratorios hacen que las situaciones privadas internacionales cuenten con una notada y fuerte connotación cultural que puede verse resentida si el país de destino no responde a su condición. Ya no es simplemente la dicotomía en aplicar o no una legislación extranjera, sino también la necesidad de proteger y valorizar los aspectos sociales y culturales extranjeros que generan consecuencias jurídicas. En particular, son los sujetos considerados jurídicamente vulnerables sobre los cuales se requiere una especial atención: los niños, niñas y/o adolescentes.

---

<sup>1</sup> Diago Diago, María del Pilar, “La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado”, en Collantes González, J. y Serrano Migallón, F., *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa – UNAM: México, (2005): p.671.

Explicando esta delicada situación, Gloria Esteban de la Rosa sostiene que

“el rasgo que caracteriza a las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración es la presencia de personas, de nacionalidad extranjera y de condición inmigrantes, que no pierden las relaciones con sus países de origen y, por tal motivo, sus vidas transcurren ‘a caballo’ entre dos ordenamientos (el del país de acogida y de origen), lo que, en ocasiones, dificulta tales relaciones personales y familiares en ambos lugares”<sup>2</sup>.

No hay que pretender, ni esperar o exigir a aquellas personas motivadas por una necesidad u obligación de migrar el tener que adaptarse al país que fueran sin que éste haga lo propio. Es decir, la relación no deja de ser bidireccional. Así como los sujetos al ingresar a otro Estado se sujetarán –en principio– a las normas que en él rigen, los países también deben ser respetuosos de la diversidad cultural y del elemento extranjero, de modo que puedan contribuir a la reagrupación familiar y así estar a favor de una estabilización de todo el grupo.

En este sentido, las relaciones jurídicas deben poder mantenerse más allá de las fronteras. Cuando estamos ante una unión matrimonial o no matrimonial (uniones civiles) esta obligación se vuelve aún más importante por la esencia misma que ella posee. Allí es cuando podemos preguntarnos respecto de la labor del DIPr el cual, gracias a sus herramientas, puede lograr o ayudar a que puedan desplegar efectos por fuera del país en el cual nacieron.

Para que ello suceda, debe analizarse si las disposiciones creadas por el legislador tuvieron especialmente en consideración los movimientos migratorios y el respeto a la multiculturalidad, en completo cumplimiento de las obligaciones asumidas cuando se ratificaron los convenios internacionales aplicables.

No deja de ser claro que esta forma de configurarse la relación jurídica internacional obliga a todo operador jurídico a realizar el debido esfuerzo en reinterpretar tanto el objeto del DIPr como sus disposiciones para así arribar a soluciones que terminen siendo una respuesta acorde al desenvolvimiento social.

Uno de los problemas que se pone en relieve como consecuencia misma de la migración internacional se encuentra en la necesaria reestructuración de los lazos familiares. El proceso migratorio presupone un riesgo, un reto para las familias que se separan por un tiempo o se mudan en conjunto a un nuevo y distinto territorio. De allí que se produce una tensión por verse en la situación de afrontar cambios que pueden afectar la integridad de ese grupo o su desenvolvimiento por estar fuera del medio o territorio que le era habitual. Cuando ello sucede, se ven obligadas a enfrentar un desafío sumamente complejo poniéndose en relevancia la importancia del modo en que el sistema jurídico de un Estado regula el tema buscando evitar, o en el mejor de los casos minimizar, el impacto que se genera.

Ciertamente la familia tiene una naturaleza flexible, la historia demuestra ello con centenares de ejemplos. Sin embargo, como resultado de las migraciones se ven obligados a sufrir ‘transformaciones’ a las cuales deben acondicionarse siendo las cuestiones culturales las que primero se ven resentidas.

De acuerdo a las directrices de los textos convencionales junto a la necesaria protección que la familia requiere, algo indiscutido desde el lugar que lo queramos ver, se iza como un principio fundamental la **reagrupación familiar**. Éste se encuentra destinado a dirigir y controlar que toda legislación sea susceptible de preservar la integridad de la familia y de todos sus integrantes cuando sean sujetos de aquellas situaciones o motivos que los hayan empujado a tener que separarse y migrar.

Este principio tiene un amplio espectro: incluye desde la protección de la familia, pasando por el mantenimiento y la creación de una vida familiar hasta el reconocimiento de los derechos generados en los distintos países.

El 1° de marzo de 2001, la Asamblea General (ONU) aprobó la Resolución 55/100<sup>3</sup> por la cual se reafirmó el deber de reconocer la importancia vital de la reunificación de las familias y promover su incorporación

<sup>2</sup> Esteban de la Rosa, Gloria, “El nuevo derecho internacional privado de la inmigración”. En *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 59, No. 1, (2007): p.108.

<sup>3</sup> Asamblea General ONU A/RES/55/100, “Respeto del derecho a la libertad universal de viajar e importancia vital de la reunificación de las familias”.

en la legislación nacional a fin de que se proteja la unidad de las familias de los migrantes. Diversos tratados internacionales receptan a la reagrupación familiar como un principio, como una directriz. Argentina suscribió en 1948 a la Declaración Universal, el cual en su art 16 dispone de manera clara el derecho de todas las personas en fundar una familia por ser esta un elemento natural y fundamental de la sociedad, teniendo el derecho a la protección de la sociedad y del Estado. En sintonía con esto, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los países deben conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución (artículo 10). Finalmente, puede mencionarse al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, el cual en su artículo 23 dispone que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado. Son todos textos valiosos, pero que por su naturaleza y redacción genérica requieren de precisiones que solo pueden ser completadas con reglamentaciones concretas en cada país.

Visto a la ‘reagrupación familiar’ como principio, se puede buscar mantener la unidad de la familia desde la mirada fáctica, por lograr que puedan reencontrarse aquellos miembros que se vieron separados, como jurídica, de modo que se eviten afectar los derechos que le correspondan más allá de las fronteras territoriales. De este modo, la familia transnacional seguirá siendo una familia.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, todo país debe asegurarse de contar con soluciones y herramientas que ante el supuesto de familias en las cuales sus miembros migraron, puedan continuar cumpliendo con sus obligaciones, por ejemplo, las de naturaleza asistencial y, en caso de que ello no suceda, poder efectivamente reclamar por ellas. Al mismo tiempo, corresponde tomar decisiones que garanticen el respeto a la multiculturalidad, es decir, las soluciones legislativas, las normas a redactar destinadas a regular las relaciones de familia en su conjunto deben ser respetuosas del vínculo que posean con su cultura.

## II.1. Posibles soluciones para adoptarse

Si recordamos los métodos del DIPr, el uso de las normas indirectas (o de conflicto) aún siguen siendo el modo más utilizado por los Estados para regular las relaciones iusprivatistas internacionales. Si bien no responden al clásico conflictualismo, se va a requerir ajustarlas para que el sistema jurídico que resulte de aplicación responda a esta finalidad. Repensar las conexiones para garantizar una respuesta justa a las sociedades multiculturales es el primer paso correcto.

Una forma de afrontar los problemas originados por consecuencia de la migración implica revisar tanto el método utilizado como los puntos de conexión pertenecientes al clásico método conflictual. Es cierto, como sostienen Calvo Caravaca y Carrascosa González, el uso de este tipo de normas permiten diseñar un sistema completo de DIPr sin lagunas<sup>4</sup>, pero tampoco sus soluciones siempre serán suficientes o justas.

La flexibilización fue una de las soluciones encontradas por el legislador para enfrentar las posibles injusticias a las cuales podría llevarnos la falta de permeabilidad de la norma indirecta. Esto se debe a que la elevada rigidez de los puntos de conexión, si bien minimizan la discrecionalidad judicial, provoca una dificultad en la norma en adaptarse a la realidad del caso<sup>5</sup>. En efecto, el art 2597 recepta la ‘cláusula de excepción’ por la cual se debe descartar el derecho designado por la norma de conflicto cuando tenga lazos pocos relevantes con ese derecho y tenga vínculos muy estrechos con el de otro país. En este sentido, los redactores del Anteproyecto señalaron la preferencia por soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos. Esta solución es sumamente fundamental, pues los lazos culturales y migratorios pueden tomarse como la forma de concertación de esos lazos por entender que responden a un vínculo más razonable.

---

<sup>4</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis – Carrascosa González, Javier. *Derecho Internacional Privado, Vol I, 18° Edición*, (Granada: Ed. Comares, 2018).

<sup>5</sup> Scotti, Luciana B. *Manual de Derecho Internacional Privado* (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2017) 146.

Otra forma utilizada por nuestro legislador fue la incorporación de conexiones múltiples, incluso con orientaciones materiales que buscan la aplicación de un derecho susceptible de responder a una finalidad preestablecida. En este sentido, explica Uzal que esta elección flexible se da cuando el “legislador defiere al intérprete la determinación del derecho aplicable en el caso concreto, dándole, en algunos casos, sólo alguna orientación de carácter finalista o sustancial ... El intérprete, en consideración de todas las circunstancias del caso valorará, con ese criterio las conexiones del caso que lo vinculen a la solución materialmente justa o que cumpla la condición prevista, según su entender”<sup>6</sup>.

Aun así, pueden presentarse problemas en los cuales las normas rígidas o flexibles no llegan a dar una solución justa. Es en ese punto cuando, al buscarse el respeto a la creación y existencia de sociedades multiculturales, el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente cristalizadas toma importancia. Acudir, entonces, al **método de reconocimiento** se vuelve necesario. Gracias a él se puede lograr que estas relaciones de familia con una fuerte vinculación con los efectos migratorios sean válidamente reconocidas en el país de acogida.

Lo que debe buscarse es otorgar continuidad a aquellas relaciones jurídicas que tuvieron su origen de conformidad con el sistema jurídico de un país. Gracias a esta forma de regular, entendiendo que no es una norma indirecta pues no determina o indica el derecho aplicable, se ‘construye’ localmente la relación jurídica que tuvo su nacimiento de conformidad con la legislación de otro Estado, respetándose de modo claro el sistema jurídico del cual proviene esa familia y respecto del cual se siente culturalmente conectado e identificado garantizándose el respeto a la vida privada.

Finalmente, podemos mencionar otra posible solución: el uso de la autonomía de la voluntad. Mediante el uso de esta facultad se permitiría a los propios interesados elegir el derecho que consideren más cercano a su identidad cultural. Durante años los efectos en institutos como las uniones matrimoniales o civiles provenientes de los procesos migratorios no fueron notados por el legislador y por ello ausentes de una regulación. No puede considerarse ello como una falencia criticable, todo lo contrario, era una dolencia típica de un contexto social y de un momento histórico.

Esta falta de previsión se debió a una especial particularidad: los conflictos susceptibles de producirse quedaban disfrazados con otra apariencia, con una naturaleza fingida. Así entonces, se establecían límites basados en violaciones a principios fundamentales intolerables de raíces culturales distintas, o se argumentaba en favor de prohibir el uso de la autonomía de la voluntad por estar ante una figura que supo ser una ‘institución’ sumamente controlada por el Estado bajo razones cuestionables, etc. Esta situación cuenta con un cambio, tal como lo expresó Christian Kohler al decir “desde principios de siglo, la autonomía de la voluntad en derecho internacional privado se ha visto influenciada por dos tendencias opuestas. En las relaciones comerciales, especialmente en materia contractual, se observa, no sólo en Europa, un cierto ‘retorno del Estado’ con un refuerzo de las regulaciones obligatorias en diversos sectores. Al mismo tiempo, la voluntad del individuo se tiene cada vez más en cuenta en las situaciones transfronterizas relativas al estatuto personal de las personas y las relaciones familiares”<sup>7</sup>.

Del modo que se considera más correcto, la finalidad siempre es la misma: buscar que la norma a adoptarse esté a la preservación de la familia y de su identidad cultural. Al mismo tiempo, corresponderá siempre analizar la protección de los principios fundamentales y como poder compatibilizarlos de modo que no termine aplicándose ordenamientos jurídicos, tachados de ‘exóticos’, que puedan resultar lesivos.

Dentro de las diversas posibles respuestas, profundizaremos sobre una de ellas: el uso del método de reconocimiento en las relaciones de familia transnacionales.

---

<sup>6</sup> Uzal, María E. *Derecho Internacional Privado* (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2016) 41.

<sup>7</sup> Kohler, Christian, “L’autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismisme”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours, Volume: 359, (2013): p.301*.

### III. EL PLURALISMO METODOLÓGICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Marcado estos puntos, tal como destaca prestigiosa doctrina, “la finalidad del DIPr (o conflicto de leyes) es dar soluciones a los casos con elementos extranjeros, sirviendo en la medida de lo posible a la noble idea de la armonía internacional. De hecho, es la rama más extrovertida del Derecho. Tradicionalmente se ha presentado como un conjunto de normas muy técnicas, áridas y mecánicas, que indican el derecho aplicable, sin tomar partido, en los casos que escapan a las fronteras de una sola jurisdicción y están relacionados con más de un Estado”<sup>8</sup>.

Bien sabemos que desde hace unos varios años se viene acuñando una severa crítica al método conflictual. Las razones que motivan esta objeción provienen de diversas aristas. Buscando emprolijar este camino sinuoso, podemos afirmar que la pérdida de la ‘inocencia’ del DIPr, habiendo llegado ya a su clara maduración como rama del derecho, demostró que se necesitó de nuevas herramientas para hacer frente a aquellos puntos flancos, entrando en un verdadero cambio de paradigma. En efecto y como destaca Anastasia Grammaticaki-Alexiou en el curso brindado en La Haya “el método savigniano, de elección de normas jurídicas ya no puede adaptarse a las necesidades de las sociedades actuales. Ciertas cuestiones no pueden resolverse eficazmente mediante el proceso mecánico y clásico del DIPr”<sup>9</sup>.

Ahora bien, corresponde preguntarse: ¿Qué es el método de reconocimiento?

La esencia del método, en palabras simples, es darle efecto a las relaciones jurídicas privadas que fueron creadas bajo un ordenamiento extranjero, independientemente de cualquier remisión efectuada por el punto de conexión de la norma indirecta. Explica la doctrina que, en virtud de esta teoría doctrinal y jurisprudencial, las situaciones jurídicas existentes en el país de origen, cuya ley es seleccionada por la norma de conflicto, deben ser reconocidas automáticamente en el foro como valores jurídicos de derecho privado. Estos valores se derivan de los actos jurisdiccionales, administrativos o privados del ordenamiento competente que los creó o reconoció<sup>10</sup>. Por su parte, Matthias Lehmann considera que “hay reconocimiento cuando una situación jurídica registrada en un documento o una inscripción tiene efectos en otro Estado sin que éste último identifique y controle el derecho aplicable a dicha situación jurídica. En otras palabras, el reconocimiento sirve, en cierta medida, como sustituto al método tradicional del derecho internacional privado”<sup>11</sup>. Fiel defensor, Lagarde indica que “en su expresión más clara, consiste en que el Estado en el que se invoca una situación renuncia a la aplicación de su propia norma de conflicto para verificar la validez de dicha situación, en favor de la ley que dio origen o, al menos, dio contenido a la situación”<sup>12</sup>.

En un acabado y profundo estudio, Roberto Baratta expresó que la importancia de estos mecanismos parece bastante evidente: la eficacia en el foro del estatuto de la persona creada en el extranjero, al margen de cualquier *exequatur* de los actos relativos a la existencia de dicho estatuto, expresa sin duda la dificultad para las autoridades estatales de desconocer situaciones que ya han producido efectos. Negarse a reconocer la existencia y validez de tales situaciones en el foro tendría efectos perjudiciales para las partes afectadas<sup>13</sup>.

#### III.1. Exigencias para el método de reconocimiento

Al momento de establecerse los requisitos para que pueda aplicarse, Lagarde indica que pueden pre-

<sup>8</sup> Grammaticaki-Alexiou, Anastasia, “Best interests of the child in private international law”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours, Volume 412, (2020): p. 263.*

<sup>9</sup> Grammaticaki-Alexiou, Anastasia, “Best interests of the child...”, *Op. Cit.*, p. 264.

<sup>10</sup> Baratta, Roberto, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours, Volume: 348, (2011): p. 288.*

<sup>11</sup> Lehmann, Matthias, “El Reconocimiento:...”, *Op. Cit.*, p. 243.

<sup>12</sup> Lagarde, Paul, “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé? Conferencia inaugural”. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 371, (2014): p.25.*

<sup>13</sup> Baratta, Roberto, “La reconnaissance internationale des...”, *Op. Cit.*

verse cuatro condiciones. La primera, que parece obvia, es la existencia de una situación válidamente constituida. Esto es lo que doctrinariamente se llama ‘cristalización’. Una segunda condición, que la destaca como más problemática, se refiere a la exigencia de que la situación esté cerca de su Estado de origen, conocida como la ‘proximidad’. Una tercera condición, común en el derecho internacional privado, es que no sea contraria al orden público internacional. Finalmente, indica que estas tres primeras condiciones ayudan a entender la cuarta, según la cual la situación debe someterse al método de reconocimiento<sup>14</sup>.

### a. La cristalización

La finalidad del método es el reconocimiento de situaciones jurídicas de modo que se garantice o facilite su circulación. Ahí es cuando comienza el primer problema, pues urge determinar el alcance del término ‘situación jurídica’, por poder resultar amplio, incierto o, todo lo contrario.

La doctrina partidaria a favor considera que la condición mínima que debe cumplirse es que la situación esté ‘cristalizada’<sup>15</sup>, cuando ello suceda se hablará de una ‘situación jurídica’ susceptible de verse alcanzada por este método, en caso contrario “se arriesgaría un caos jurídico”<sup>16</sup>. Ahora bien, el problema radica en determinar que debe entenderse por ella pues no es un concepto con un significado unívoco. Entonces, es necesario preguntarse ¿Qué es y cuándo hay una ‘cristalización’? es decir, ¿Cuándo se ‘crea’ un estatus legal y se convierte así en una ‘realidad’? En otras palabras ¿Qué grado de ‘cristalización’ es necesario?

El concepto de ‘cristalización’ fue manifestado por el profesor Mayer al momento de fundamentar que es gracias a esta situación la razón por la que surge el reconocimiento, siendo entonces el elemento que permitirá vincular una relación jurídica con un ordenamiento jurídico. Buscando dar claridad en este punto, Etienne Pataut define este concepto como “el mecanismo por el cual el ordenamiento jurídico de origen de la situación ha adoptado un punto de vista concreto, a partir del cual las partes se han formado expectativas legítimas y que el ordenamiento jurídico de acogida está llamado a reconocer”<sup>17</sup>. De este modo, la cristalización permitiría objetivar la relación en un determinado sistema jurídico, es decir, enraizarlo.

Si bien parece que la conceptualización cuenta con una aceptación doctrinaria, los modos en cuanto a cómo y cuándo se produce la cristalización ya presenta un escenario distinto. No es fácil poder consensuar este punto pues ya presenta escollos.

Por un lado, y allí si hay un mayor consenso, la intervención de autoridad pública permitiría -en principio- la cristalización de esa situación jurídica. En este orden de ideas, Sylvain Bollée considera que solo entran en la lógica circulatoria del reconocimiento cuando esos actos fueron ‘formalizados’ a los ojos de los interesados mediante la intervención de órganos de los Estados<sup>18</sup>. Retomando las palabras de Lagarde, hay cristalización cuando la situación cuenta con la intervención por parte de una autoridad pública la cual hace objetiva la existencia de la relación jurídica<sup>19</sup>. De este modo, el método de reconocimiento se vuelve necesariamente aplicable pues el hecho de que exista una relación a los ojos de un determinado orden jurídico, independientemente de la posibilidad de impugnar su validez u otros posibles defectos, excluye el uso del método de elección y hace aplicable el de reconocimiento<sup>20</sup>. En efecto, “la intervención de la autoridad constituye un punto de referencia formal claramente visible e identificable, que actuaría como un ‘gatillo’ del reco-

<sup>14</sup> Lagarde, Paul, “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé? Conferencia inaugural”. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Volume 371*, (2014): p.30.

<sup>15</sup> Lagarde, Paul (Dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, (París: Editions A. Pedone, 2013) 20.

<sup>16</sup> Lehmann, Matthias, “El Reconocimiento:...”, *Op. Cit.*, p.250.

<sup>17</sup> Pataut, Etienne, “Le renouveau de la théorie des droits acquis”. En *Travaux du Comité français de droit international privé*, N° 18, (2009): p.80.

<sup>18</sup> Bollée, Sylvain, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”. En *Revue critique de droit international privé*, 96, N° 2, (2007): p.322.

<sup>19</sup> Lagarde, Paul (Dir), *La reconnaissance des situations...*, *Op. Cit.*, p.21.

<sup>20</sup> Pamboukis, Charalambous, “Les actes publics et la méthode de reconnaissance”. En Lagarde, Paul (Dir) (2013). *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris: Ed. Pedone, (2013): p.142.

nocimiento”<sup>21</sup>. Así lo indica uno de los grandes defensores de este método como lo es Pierre Mayer al decir que “el factor más decisivo en la cristalización es la intervención de una autoridad pública”<sup>22</sup>. Charalambos Pamboukis considera que las ‘relaciones jurídicas consagradas’ junto a los actos ‘cuasi públicos’ caen bajo el alcance el método de reconocimiento principalmente por la cristalización efectuada gracias a la intervención en la relación privada de una autoridad pública extranjera. En cambio, las relaciones creadas sin ninguna intervención de una autoridad pública no se someten a este método, sino al que llama ‘método de relevancia’. Esta relevancia apunta al reconocimiento de una relación jurídica ya establecida, pero con la diferencia de que esta relación existente, privada y concreta, no tiene un soporte material<sup>23</sup>.

Hay varias preguntas que debemos realizarnos. En primer lugar, corresponde tener que determinar cual es el alcance de ‘acto público’ tal como lo exige el método de reconocimiento. En efecto, una interpretación amplia entiende que bajo esta denominación “cabría incluir muy distintos tipos de actos: desde las sentencias y resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos, pasando por las resoluciones de jurisdicción voluntaria, los actos públicos dictados por autoridades distintas de la judicial o las certificaciones de registros públicos”<sup>24</sup>. Siguiendo a Roberto Baratta, por acto o decisión se entiende aquellos que se han tomado siguiendo un procedimiento de carácter oficial en el Estado de origen. Esto, aclara el autor, también ocurre cuando hay un contrato privado o un acto de autoridad religiosa, siempre que sean reconocidos por una autoridad pública en el Estado de origen<sup>25</sup>.

Seguidamente, y relacionado con este alcance, urge responder: ¿Puede extenderse el reconocimiento a situaciones cristalizadas por la intervención de una autoridad pública, pero en actos jurídicos que no tienen carácter decisorio? Es necesario precisar el grado de intervención y ese allí cuando aparecen los distintos tipos de situaciones cristalizadas, lo cual afecta directamente al ámbito de reconocimiento.

Durante mucho tiempo se distinguió dentro de los actos públicos en dos tipos, basados especialmente en la función de la intervención de la autoridad. Puede hablarse de actos en los cuales esta autoridad interviene activamente en la creación de la situación (por ejemplo, una sentencia de divorcio). Del otro lado, puede desempeñar un papel mas ‘pasivo’, limitándose a constatar la situación.

En su tesis doctoral, Pierre Callé responde negativamente<sup>26</sup>. En este sentido, afirmó que la modificación de la situación material de las partes resulta directamente del acto público y no de la norma en virtud de la cual se dictó, en otras palabras, cuando el poder público impone un nuevo estado que ha creado, el acto tiene un efecto decisorio y debe ser objeto de reconocimiento. Por el contrario, cuando la autoridad se limita a realizar una simple formalidad, una condición para la aplicación de una norma de la que se deduce este estado de derecho, su acto sólo tiene el efecto de un título<sup>27</sup>. Del otro lado, se encuentran aquellas situaciones jurídicas que cuentan con la intervención de una autoridad pública, pero que ella no tiene capacidad decisoria. Estos actos son susceptibles de ser cuestionados en cuanto a su validez o nulidad, y es por ello que la autoridad pública no consolida la situación con la misma energía que la de un juez. Por lo tanto, las previsiones de las partes no presentan el mismo grado de certeza según el modo de cristalización de la relación jurídica<sup>28</sup>.

<sup>21</sup> Gardeñes Santiago, Miguel, “El método de reconocimiento desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado europeo y español”. En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, (2017): p.382.

<sup>22</sup> Mayer, Pierre, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 327, (2007): p.347.

<sup>23</sup> Pamboukis, Charalambous, “La renaissance métamorphose de la méthode de reconnaissance”. En *Revue critique de DIP*, vol. 97, no. 3, (2008): p.524.

<sup>24</sup> Gardeñes Santiago, Miguel, “El método de reconocimiento...”, *Op. Cit.*, p.384.

<sup>25</sup> Baratta, Roberto, “La reconnaissance internationale des...”, *Op. Cit.* p.268.

<sup>26</sup> Calle, Pierre, “L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et exécution en France”. En *Revue critique de droit international privé*, Vol. 94, N° 3, (2005).

<sup>27</sup> Reitzer, Camille, “Contribution à l’étude de la méthode de la reconnaissance: l’exemple de la circulation du statut de couple”. *Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas*, 2019, p.342.

<sup>28</sup> Reitzer, Camille, “Contribution à l’étude de la méthode...”, *Op. Cit.*, p.340.

El razonamiento se basa, entonces, en dos argumentos principales<sup>29</sup>. El primero, solo un juez emite necesariamente una sentencia la cual crea un nuevo estado de derecho. En cambio, los demás documentos públicos (no decisorios) mayormente solo registran un contenido, una negociación, redactada fuera del oficial que instrumenta la escritura. Siendo, entonces, que el contenido del acto puede ser cuestionado por una acción dirigida a impugnarlo, no se podría hablar de reconocimiento. El segundo argumento, estrechamente vinculado con el primero, se refiere a la exigibilidad, factor común a todas las sentencias, más no así al resto de los documentos públicos.

Es cierto que una sentencia otorga a ese documento público de seguridad jurídica y de una presunción irrefutable de veracidad. Sumado a ello, una vez agotadas las instancias de apelación y estando ante una 'sentencia firme', se está ante una situación jurídica (en principio) inmutable. Es esta característica la que justifica, entonces, la protección especial a las expectativas de las partes. De este modo, se afirma que "es poco importante determinar si el tribunal ha aplicado la ley designada por la norma de conflicto del Estado de acogida, ya que la decisión judicial constituye, en el ordenamiento interno de origen, una 'verdad judicial' que impide que sea cuestionada"<sup>30</sup>. Esta diferencia en el grado de certeza de las expectativas de las partes es la razón principal que permitiría excluir automáticamente las situaciones cristalizadas sin la intervención de un juez. Etienne Pataut sostiene en este punto que "hay una diferencia obvia entre los documentos públicos y las sentencias. Esta distinción está no solo en el contenido real del acto o sentencia, también en los efectos procesales que se le atribuyen. La sentencia produce un efecto sustancial -la modificación del estado de derecho- pero también efectos procesales más técnicos, efectos de título, efecto probatorio y, sobre todo, cosa juzgada ... El documento público, por su parte, también produce efectos procesales, que son diferentes y la mayoría de las veces menos importantes, pero imprescindibles"<sup>31</sup>.

No se comparte este razonamiento. En efecto, y como afirma Lagarde, si esta condición se interpreta de forma demasiado estricta "se corre el riesgo de vaciar de contenido el reconocimiento y resucitar indirectamente la condición relativa a la ley aplicable"<sup>32</sup>. En consecuencia, "los actos formales no decisiones cristalizadas por la intervención, por pequeña que sea, de una autoridad pública (y la relación jurídica relacionada) deben necesariamente estar sujetos al método de reconocimiento"<sup>33</sup>.

Admitir la extensión de la lógica circulatoria a situaciones cristalizadas por un acto que no tiene carácter decisorio implica aceptar que la aplicación del método puede basarse en la sola voluntad de respetar las expectativas de las personas sobre la efectividad de su estatuto individual y familiar, concretadas en un ordenamiento jurídico determinado<sup>34</sup>. Así, tal como sostiene Silvia Pfeiff, "parece seguro decir que la creencia de una persona sin formación jurídica particular en la validez de su estatus personal será la misma si se casa ante un funcionario público o se divorcia por un tribunal. Lo mismo ocurre con la filiación establecida *ex lege* y consignada en la partida de nacimiento del hijo, en contraposición a la filiación resultante de una sentencia"<sup>35</sup>. En su tesis, Hector Pierre se suma a este conflicto indicando que "la intervención del funcionario da lugar a una situación jurídica concreta, categórica y no permanente, produciendo sus efectos jurídicos hasta su posible anulación posterior. Así, entre las circunstancias que pueden considerarse como cristalización, la más importante es probablemente la intervención de una autoridad pública en la creación o en la oponibilidad de la situación frente a terceros, aunque dicha autoridad sólo tenga un débil poder de decisión"<sup>36</sup>. Bajo esta tesis, Pamboukis afirma que la creación de un estado (por ejemplo, el de casado, divorciado, etc.) reconocido como efectivo por la apariencia creada puede constituir una cristalización. Esto sería posible por la du-

<sup>29</sup> Pataut, Etienne, "Le renouveau de la théorie.." *Op. Cit.*, p.175.

<sup>30</sup> Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*. Paris: Ed. Emile Bruylant, (2017): p.45.

<sup>31</sup> Pataut, Etienne, "Le renouveau de la théorie.." *Op. Cit.*, p.149.

<sup>32</sup> Lagarde, Paul (Dir), *La reconnaissance des situations...*, *Op. Cit.*, p.23.

<sup>33</sup> Pamboukis, Charalambous, "Les actes publics..." *Op. Cit.*, p.135.

<sup>34</sup> Reitzer, Camille, "Contribution à l'étude de la méthode..." *Op. Cit.*, p.340.

<sup>35</sup> Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut...*, *Op. Cit.*, p.365.

<sup>36</sup> Pierre, Hector, "La circulation des actes et des décisions en droit international privé". *Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux*, 2021. p.158.

ración de la relación en un tiempo y un espacio determinados dentro de un mismo orden jurídico, una duración que produce efectos y crea una apariencia, una creencia común tan fuerte que su negación perturbaría<sup>37</sup>.

Varios argumentos nos llevan sostener este rechazo.

En primer lugar, no necesariamente las situaciones jurídicas creadas por intervención de un juez gozan de una irrefutable veracidad. Veamos un ejemplo concreto que permite afirmar esta idea. En materia de adopción, el CCyCN contiene una ejemplificadora norma que recepta el método de reconocimiento. Ahora bien, es el mismo cuerpo normativo el cual indica que previamente quienes son los jueces competentes y cómo se determinará el derecho aplicable cuando lo que se reclame es la anulación o revocación de esa adopción otorgada por un juez (arts. 2635 y 2636).

En segundo lugar, sostener esta limitación especialmente cuando las partes acudieron a las autoridades públicas que por ley gozan de ese reconocimiento, implicaría reconocer que los cónyuges o parejas organizaron su vida, sus bienes, sus relaciones entre sí y con sus hijos/as en función del estatuto que los une. En este sentido, basan sus expectativas en la validez del estatus y estas expectativas pueden y deben considerarse legítimas. Incluso, al dar una dimensión formal a una situación jurídica (como sucede, por ejemplo, con el acuerdo de mediación, que debe respetar ciertas exigencias formales), estos actos pueden proporcionar a las partes una base para las expectativas legítimas. En este sentido, no es necesario que la intervención de la autoridad pública contribuya a la creación de un estado de derecho, basta con que contribuya a la creación de dicho Estado<sup>38</sup>. Caso contrario, estaríamos obligando a toda persona a que, para sentirse segura de que la situación jurídica creada vaya a mantenerse y reconocerse, siempre la traslade a fase judicial para darle esta (supuesta) condición de 'veracidad irrefutable'. El sistema judicial colapsaría ante pedidos innecesarios que pueden efectivamente resolverse por otra vía. En efecto, "esta intervención pública contribuye, a pesar de una posible irregularidad, a crear una apariencia de estado personal capaz de fundamentar las legítimas previsiones de los interesados"<sup>39</sup>. En palabras de Bilyachenko<sup>40</sup> se puede argumentar que un matrimonio celebrado ante un funcionario del registro civil no es sustancialmente menos eficaz que un divorcio pronunciado por un juez. En sintonía a esto, Pamboukis señala que el hecho de que la intervención del funcionario, a diferencia de la del juez, no tenga el efecto de purgar el acto de sus vicios no pone en duda su existencia, sino simplemente su autoridad<sup>41</sup>.

Así, es correcta la afirmación que sostiene Camille Reitzer, "mientras la validez de la ley no haya sido impugnada en las condiciones establecidas por el derecho aplicable, se presume que es válida. Así, aunque esta 'incertidumbre' relativa debe tenerse necesariamente en cuenta en el contexto del reconocimiento, no implica que las previsiones basadas en una cristalización sin juicio no deban estar protegidas por la lógica circulatoria"<sup>42</sup>. Como indica el jurista Pierre Callé, así como un contrato se presume válido hasta que se demuestre su nulidad, un documento público debe presumirse válido hasta que se demuestre su nulidad. La presunción de validez garantiza su influencia internacional, independientemente del ordenamiento jurídico en el que se haya producido la formalidad. Así "La presunción de validez del *negotium* sirve de vehículo para su eficacia internacional ... Si nadie impugna la validez del documento público extranjero, su eficacia se admite (en Francia) sin ningún procedimiento"<sup>43</sup>.

En esta misma sintonía, Charalambous Pamboukis considera que la intervención de una autoridad pública extranjera hace objetiva la existencia de la relación jurídica, lo que hace aplicable el método de reconocimiento. En efecto, en la medida en que el acto público tiene un efecto objetivo, puede aplicarse el método

<sup>37</sup> Pamboukis, Charalambous, "La renaissance métamorphose...", *Op. Cit.*, p.524.

<sup>38</sup> Pierre, Hector, "La circulation des actes...", *Op. Cit.*, p.159.

<sup>39</sup> Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut...*, *Op. Cit.*, p.380.

<sup>40</sup> Bilyachenko, Alexey, "La circulation internationale des situations juridiques". *Thèse de Doctorat, Université de la Rochelle, Faculté de droit, de science politique et de gestion*, (2016): p.155.

<sup>41</sup> Pamboukis, Charalambous, "La renaissance métamorphose...", *Op. Cit.*, p.525.

<sup>42</sup> Reitzer, Camille, "Contribution à l'étude de la méthode...", *Op. Cit.*, p.341.

<sup>43</sup> Calle, Pierre, "L'acte authentique établi à l'étranger...", *Op. Cit.*, p.377.

de reconocimiento. Así, este jurista concluye que “los actos formales y no decisorios cristalizados por la intervención -por mínima que sea- de una autoridad pública (y la relación jurídica relativa a ellos) deben estar necesariamente sujetos al método de reconocimiento”<sup>44</sup>.

De todo lo expuesto, se puede concluir acertadamente que el método de reconocimiento puede y debe extenderse a todo documento público no decisorio, pero en el que efectivamente haya intervenido una autoridad pública. La cristalización en estos casos radica a partir de la confianza legítima que las partes depositaron en ese funcionario del Estado, dotado de facultades para tal fin, sin llegar a ser relevante el hecho de tener un débil o nulo poder de decisión. En efecto, y como sostiene Sylvain Bollée, el método se extiende a aquellos actos que no tienen carácter decisorio, pero que han servido de base a las partes para hacer predicciones del mismo modo que una decisión debido a la intervención de un órgano estatal. Para fundar esta postura, indica que el mecanismo de reconocimiento se basa en el necesario respeto de las expectativas de las partes cristalizadas por la sola intervención de una autoridad pública, y la naturaleza de esta intervención es en última instancia irrelevante. Tanto si la autoridad pública creó la situación como si participó en su difusión, la propia existencia del acto es suficiente para legitimar la confianza que las partes depositan en la validez de la situación. Esto implica afirmar que “esta situación cristalizada llama una atención especial porque, a partir de esta cristalización, las partes han formado pronósticos legítimos”<sup>45</sup>. Nótese que, cuando sentenció el TEDH en el caso Wagner, no fue central la intervención del juez, en cambio, si puso especial énfasis en la ‘realidad’ de la relación<sup>46</sup>.

La tercera pregunta consiste en responder al siguiente interrogante: ¿Puede extenderse el reconocimiento a situaciones cristalizadas sin la intervención de una autoridad pública? En algunos casos, una relación jurídica no se basará en una decisión o acto público, sino en un simple acto bajo firma privada o en una cuestión puramente fáctica que se fue consolidando con el pasar del tiempo. Estos casos, en los cuales la situación jurídica se crea *ex lege*, explica la doctrina que “sería más difícil hablar de reconocimiento, puesto que, en ausencia de un acto formalizado por una autoridad pública, resulta bastante más difícil percibir la ‘cristalización’ o consolidación de la situación en un determinado ordenamiento foráneo”<sup>47</sup>.

Se trata, entonces, de determinar si existe la capacidad de que situaciones jurídicas que no tienen como soporte un acto público puedan cristalizarse. Mayer sostiene que la intervención de una autoridad pública no es el único caso en el que puede entrar en juego el este método, afirmando que puede haber otras causas de cristalización. Así, cita de ejemplo aquella situación en la cual dos personas durante años, y con una larga residencia en un país, estaban fielmente convencidas que se encontraban divorciadas, aunque ese divorcio no fuera válido en el país en el que se pronunció, creencia que considera merece ser respetada<sup>48</sup>. Algunos autores hablan de ‘cristalización lenta’. “Esta cristalización sería propia del estatus personal y sería el resultado del paso del tiempo. La lenta cristalización sería el resultado de la creencia imperturbable durante cierto tiempo en la existencia de sus derechos por las partes. Esta creencia se objetivaría en una especie de ‘posesión estatal prolongada’”<sup>49</sup>.

Entre aquellos que acepten esta posibilidad, lo que se requiere es la combinación del paso del tiempo junto a la producción de efectos jurídicos lo que llevaría a la cristalización de una relación jurídica en actos privados. Así, Hector Pierre sostiene que “a este respecto, las relaciones familiares, como el estado civil, la filiación, pero también ciertos derechos vinculados a la personalidad jurídica (nombre, sexo), que tienen vocación de perdurar en el tiempo, parecen prestarse fácilmente a los criterios invocados susceptibles de dar

<sup>44</sup> Pamboukís, Charalambous, “La renaissance métamorphose...”, *Op. Cit.*, p.146.

<sup>45</sup> Bollée, Sylvain, “L’extension du domaine...”, *Op. Cit.*, p.322.

<sup>46</sup> Marzal Yetano, Toni, “The Constitutionalisation of party autonomy in European family law”. En *Journal of Private International law*, Vol. 6, N° 1, (2010): 165.

<sup>47</sup> Gardeñes Santiago, Miguel, “El método de reconocimiento...”, *Op. Cit.*, p.383.

<sup>48</sup> Mayer, Pierre, “La reconnaissance: notions et méthodes”. En Lagarde, Paul (Dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Ed. Pedone: Paris, (2013): p.31.

<sup>49</sup> Pierre, Hector, “La circulation des actes...”, *Op. Cit.*, p.163.

lugar a la cristalización de una situación jurídica efectivamente creada sin la intervención de una autoridad pública”<sup>50</sup>.

El prestigioso jurista Lagarde no excluye que en este tipo de situaciones pueda aplicarse también el método de reconocimiento, basado no en la existencia de un acto de la autoridad sino en otros elementos, como por ejemplo una posesión de estado. En este sentido, entiende que, si bien el reconocimiento no sería evidente, sino que se requiere una justificación<sup>51</sup>. Otro claro exponente de esta posición es Sylvain Bollée quien justifica la aplicación del ‘*méthode de reconnaissance unilatérale*’ por su comodidad y originalidad, al someter a un razonamiento único el reconocimiento de todas las situaciones constituidas en el extranjero con independencia de la intervención de una autoridad pública, no supeditándolo solamente a las decisiones, sino también a los actos públicos no decisorios y los actos privados *stricto sensu*<sup>52</sup>.

### **b. La proximidad y el fraude a la ley**

La mayor preocupación que la doctrina esboza respecto de este método radica en el peligro, pues no es algo que se desee, del reconocimiento de situaciones de hecho carentes de un ordenamiento jurídico de origen. Es decir, situaciones a las cuales no se le habían aplicado algún derecho al momento de exigir o pedir su reconocimiento en el Estado de acogida.

El método de reconocimiento no debe convertirse en el arma por la cual las personas busquen obtener en un país una situación que no existe en el Estado de origen. Es decir, no debe ser utilizado como una herramienta que sirva para ‘purgar’ los defectos de una relación o situación jurídica. De allí que la doctrina elabora controles o requisitos para que sea efectivo. El primero de ellos se centra en la proximidad. El segundo, el fraude a la ley. Estos controles, como puede apreciarse, van de la mano.

La proximidad puede verse reflejada en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 8 de junio de 2017 Mircea Florian Freitag. En ella, los tribunales alemanes se negaron a reconocer el nombre de la solicitante alegando que no tenía vínculos suficientes con el Estado en el que estaba establecido el nombre en el momento del establecimiento.

Realizar este control implica comprobar la existencia de una conexión suficiente, desde la mirada del Estado en el que se pretende el reconocimiento, entre el orden jurídico de origen donde esta situación jurídica se ‘cristalizó’ y los miembros de la familia. Lagarde explica al respecto que “la idea es que el Estado de origen debe haber tenido algún título para crear la situación y, por lo tanto, debe estar conectada a ese Estado de origen. Del mismo modo que, para el reconocimiento de las sentencias, el tribunal extranjero debe ser competente según el ordenamiento jurídico del Estado de reconocimiento, aunque admita la existencia de otras jurisdicciones posibles, para el reconocimiento de las situaciones, el ordenamiento jurídico de origen debe ser, según la terminología utilizada por algunos, pertinente al ordenamiento jurídico del Estado de reconocimiento<sup>53</sup>. De este modo, cuando la situación presente una mayor cantidad de vínculos con el país en el cual se ‘creó’, más justificada estará la necesidad de reconocerla. Contrariamente, menos propenso al reconocimiento será cuando esa situación fue creada en un Estado con el cual no se tiene un vínculo estrecho<sup>54</sup>. Así, cuanto más tenuous sean los vínculos, más limitado será el reconocimiento. Contrariamente, cuanto más flojas sean las ataduras requeridas, más fácil será la circulación del estatus. Entonces, la apreciación de la proximidad termina influyendo directamente. Solo una vez comprobada la existencia de una proximidad suficiente, debe verificarse que las partes no tenían como objetivo obtener un estatus en el extranjero para escapar de las prohibiciones de un país, es decir, debe superarse el control del fraude a la ley. En este sentido, se teme que de manera contraria “sería el inicio de una ola de ‘turismo documental’”<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> Pierre, Hector, “La circulation des actes...”, *Op. Cit.*, p.162.

<sup>51</sup> Lagarde, Paul (Dir), *La reconnaissance des situations...*, *Op. Cit.*, p.40.

<sup>52</sup> Bollée, Sylvain, “L’extension du domaine...”, *Op. Cit.*, p.337.

<sup>53</sup> Lagarde, Paul (Dir), *La reconnaissance des situations...*, *Op. Cit.*, p.22 y sgtes.

<sup>54</sup> Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut...*, *Op. Cit.*, p. 193.

<sup>55</sup> Lehmann, Matthias, “El Reconocimiento:...”, *Op. Cit.*, p.251.

El abandono de la ‘localización’, pues se deja de lado el método de elección por el cual se busca el ‘asiento jurídico’ tal como lo creó Savigny, pone en jaque el argumento por el cual requiere la necesidad de controlar o revisar la proximidad. Es decir, puede sostenerse que resulta absurdo reintroducir el control del derecho aplicable cuando el método de reconocimiento propone salirse de este problema ‘conflictual’. Entonces, al marcarse la distinción entre ambos métodos, al basarse en la idea de que se busca respetar la situación jurídica ya existente, no se necesita localizarla y ello implica dejar de lado todo control de proximidad. Caso contrario, sería un retroceso. En efecto, se considera que el uso de reglas de proximidad en el contexto del reconocimiento equivale a la reintroducción, aunque sea de manera atenuada, del razonamiento en términos de conflicto de leyes<sup>56</sup>.

El análisis del fraude dentro del método de reconocimiento tomó relevancia a partir de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) del 2 de junio de 2016 en los autos “Bogendorff von Wolffersdorff”. El peligro que se busca evitar es que las propias partes busquen externalizar la creación de un estatuto o de una situación jurídica con el único fin de excluir la aplicación del método de elección y, en consecuencia, la norma indirecta a la cual normalmente habrían estado sujetos. Esto no es otra cosa que la configuración del temido ‘fraude a la ley’, sancionado por las modernas legislaciones. De no realizarse dicho control, estaría otorgándose una desmedida liberalidad autorizando a los particulares el poder disponer y/o modificar las relaciones jurídicas con el único fin de aprovecharse de la lógica circulatoria.

Explicando este punto, Sylvain Bollée hace una interesante reflexión: no puede concebirse al método de reconocimiento como un ‘caballo de Troya’ que permita a los particulares introducir en un ordenamiento jurídico de acogida lo que no debe estar en vigor en él, explotando artificialmente los recursos que ofrece un ordenamiento jurídico extranjero<sup>57</sup>.

Es correcto comprender que no puede considerarse la circulación de situaciones jurídicas que su origen se centra en actos susceptibles de ser tachados por ilícitos. Este análisis hace a un principio de valor general que debe respetarse, sin embargo, debe realizarse con el cuidado necesario que responda a la esencia del método junto al incremento de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia. Así es que se habla de una ‘renovación del control del fraude’. De este modo, el control debe moverse entre el no reconocimiento de situaciones fraudulentas y, al mismo tiempo, no dañando la libertad de las personas. Así, las partes pueden optar por crear una situación jurídica en el extranjero siempre que ello no sea porque no pueden obtener su formación en el territorio al que están realmente vinculadas, por la simple finalidad de querer posteriormente beneficiarse.

Ahora bien, de reconocerse al fraude como un límite la doctrina local encuentra casos especiales en los cuales su análisis queda desplazado en pos de un derecho humano fundamental que se busca proteger. En las conclusiones de la Comisión 9 (de DIPr) en las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se señaló que “el método de reconocimiento empleado para la inserción de situaciones jurídicas creadas al amparo del derecho extranjero receptado por los arts. 2634, 2637 y 2640 del CCyCN con foco en la transversalidad de los derechos humanos diluye en esos ámbitos la operatividad del ‘fraude a la ley’”. Esta afirmación implica comprender que, al buscarse el reconocimiento de estas situaciones que muy probablemente salieron a buscarse (como lo es acceder a la gestación por sustitución), como se ve involucrado un principio fundamental, el fraude se ve diluido en pos de ver respetada aquella situación que se buscó.

### **c. El orden público internacional (atenuado)**

Optar y estar a favor de un reconocimiento más simple de una situación jurídica no implica un principio absoluto, es decir, existirán siempre razones fundadas que permitirán excluir o denegar sus efectos extraterritoriales. Dicho en forma breve, estar a favor del método de reconocimiento no implica un reconocimiento sistemático y automático ilimitado, no debe asimilarse a la existencia de una obligación irreductible de reconocer todas las situaciones jurídicas cristalizadas en el extranjero.

<sup>56</sup> Bilyachenko, Alexey, “La circulation internationale...”, *Op. Cit.*, p.286.

<sup>57</sup> Bollée, Sylvain, “L’extension du domaine...”, *Op. Cit.*, p.339.

Si bien se busca inclinar la balanza en favor de una mayor facilidad en la circulación, tampoco se llega al punto de eliminar todo tipo de control. El Estado de acogida de esa familia cuenta con la posibilidad de no reconocer siempre de manera fundada. Así, resulta imperioso determinar cuáles serán las condiciones que se usarán para negar el reconocimiento. En palabras de Najurieta, “la aceptación del principio del reconocimiento supone, al mismo tiempo, la razonabilidad de imponer límites. Pero estas condiciones se han ido simplificando y liberalizando según las materias y los intereses comprometidos, omitiendo el control del lazo característico entre el caso y la autoridad competente y la verificación de la ausencia de fraude”<sup>58</sup>.

Ahora bien, previo a desarrollar este punto, debe tenerse en cuenta que el objetivo del método es asegurar la circulación y por ello debe tenerse en cuenta ese fin al momento de establecerse las condiciones para el rechazo. De lo que se concluye, que el método está inspirado en la preocupación por respetar las expectativas de las partes por ello las condiciones por las cuales se vaya a limitar su uso deben ser lo suficientemente flexibles para lograr ese resultado. Al mismo tiempo, tampoco puede aceptarse que el respeto a estas expectativas legítimas de las personas y las familias puedan ser permisivas al punto de afectar la coherencia en el Estado de acogida. En otras palabras, lo crucial será buscar el justo equilibrio entre la protección y el reconocimiento. Por ello se afirma que esta ‘apertura’ del DIPr, este cambio de paradigma exige una aplicación razonable de las razones que habilitarían el rechazo.

De este modo, como cierra sus conclusiones Reitzer, “la voluntad de respetar las previsiones de las partes debe tener como consecuencia no prohibir a un Estado verificar la validez de una situación extranjera, sino sólo exigirle que realice esta verificación bajo la influencia de la ley que presidió la creación de esta situación”<sup>59</sup>. En efecto, y como un fiel defensor de este método indica “si bien el método de reconocimiento excluye la aplicación a la situación creada en el extranjero de las reglas de conflicto de leyes del Estado de reconocimiento, no excluye la posibilidad de una impugnación de la situación”<sup>60</sup>.

Buscando cuales son las condiciones que deben o pueden imponerse para rechazar el reconocimiento, Sylvain Bollée comienza con el más fácil, y el límite universalmente aceptado: el orden público internacional. El jurista afirma que “hay algo natural en el hecho de que el sistema jurídico del foro se reserve la posibilidad de rechazar el reconocimiento de una situación que, por las circunstancias de su creación, su naturaleza o sus efectos, iría contra sus conceptos fundamentales”<sup>61</sup>.

El orden público internacional se presenta como la herramienta fundamental. Definir el contenido de esta excepción de es contrario a su esencia<sup>62</sup> por el hecho de que pueda limitarse su alcance y contenido. Lo que puede afirmarse, luego de años de discusión, es la clara diferencia entre principios de reglas (o normas), siendo solo el primero de ellos quienes integran el OPI. Esta diferencia, puede ser explicada de la siguiente manera “Los principios, al igual que las reglas, comparten los atributos de abstracción y generalidad, pero ambos deben distinguirse. Un principio es general en la medida en que tiene una ‘serie indefinida de aplicaciones’. La norma jurídica, aunque sea general, se promulga con vistas a una situación concreta, mientras que el principio está destinado a aplicarse a un número ilimitado de situaciones que exigen otras tantas normas específicas, que pueden ser situaciones que exigen otras tantas normas particulares, constituyendo así una proposición primaria el principio es, pues, una proposición primaria ‘a la que se subordinan series de soluciones positivas’”<sup>63</sup>.

El conjunto de principios fundamentales se vuelve la razón principal para denegar el reconocimiento del acuerdo cuando, de manera comprobada, se constata la conculcación de ellos. Este límite marca el umbral de tolerancia de un sistema jurídico con respecto a los valores extranjeros.

<sup>58</sup> Najurieta, María S. “Reconocimiento y derechos fundamentales. Una reflexión sobre novedades del derecho internacional privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Inédito.

<sup>59</sup> Reitzer, Camille, “Contribution à l'étude de la méthode...”, *Op. Cit.*, p.444.

<sup>60</sup> Lagarde, Paul (Dir), *La reconnaissance des situations...*, *Op. Cit.*, p.30.

<sup>61</sup> Bollée, Sylvain, “L'extension du domaine...”, *Op. Cit.*, p.114.

<sup>62</sup> Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut...*, *Op. Cit.*, p. 415.

<sup>63</sup> Pierre, Hector, “La circulation des actes...”, *Op. Cit.*, p.15.

Ahora bien, corresponde una mención especial de este límite, pues como señalan los juristas españoles Calvo Caravaca y Carrascosa González no implica hablar del orden público de manera genérica<sup>64</sup>. Así, señalan que las situaciones jurídicas legalmente creadas en otro país realizan y transportan valores materiales de los particulares en el escenario internacional, de modo que la excepción de orden público internacional no debe dañar tales valores. De este modo, siempre debe interpretarse de manera restrictiva, pues supone ser una excepción al principio de la libre circulación de decisiones. Retomando las palabras de Bollée “la excepción del orden público solo debe utilizarse con gran moderación”<sup>65</sup>.

Esta aplicación limitada tiene su razón de ser por la importancia que tiene la protección del derecho a la vida privada y familiar. En efecto, las medidas restrictivas que vayan a utilizarse solo pueden justificarse si son necesarias para la protección de los mismos intereses que se pretenden garantizar y siempre que no exista otra medida menos limitativa. De este modo, y como entienden los juristas españoles mencionados, el control a realizarse es estrecho y deberá tenerse en cuenta su aplicación en función de las circunstancias particulares de cada caso.

Esta reducción o cambio de concepción respecto del límite abre la puerta al concepto de ‘atenuado’. La teoría del OPI atenuado se considera consagrada a partir de la sentencia *Riviere* dictada por el Tribunal de Casación de Francia del 17 de abril de 1953. En ella se determinó que el umbral de tolerancia del OPI varía en función de si la situación jurídica a plantearse ante el juez está o no cristalizada en el extranjero. Así, se estableció que “la reacción contra una disposición contraria al orden público no es la misma según que ponga obstáculo a la adquisición de un derecho en Francia, o se trate de dejar producir en Francia los efectos de un derecho adquirido sin fraude en el extranjero y de conformidad con la ley competente según el Derecho Internacional Privado francés”.

De este modo, enseña la doctrina que “en la etapa de creación de la relación jurídica, la excepción de orden público interviene de manera ‘plena’. Se desechan, entonces, todas las leyes cuyos efectos serían incompatibles con los valores fundamentales del foro. En cambio, si la situación ya se ha cristalizado en el exterior, se eleva el umbral de tolerancia para tener en cuenta, en particular, las legítimas previsiones de las partes. En su forma atenuada, el orden público aparece entonces como menos riguroso y permite un mayor respeto por los derechos adquiridos”<sup>66</sup>. En efecto, “la distinción entre orden público pleno y orden público atenuado se basa en la distinción fundamental del reconocimiento, que es la diferencia entre la creación y la confirmación de la situación”<sup>67</sup>. De este modo, se concluye que las condiciones para activar el orden público atenuado coinciden con las condiciones para activar el método de reconocimiento.

Esta relación responde a un sentido común. Es decir, la búsqueda de la facilidad de la circulación implica tener que adaptar y repensar la concepción habitual del OPI. De allí que resulte más correcto su aplicación de modo atenuado. Bajo esta perspectiva, se permite disminuir la intensidad de los valores del foro sin llegar a una desproporción, pero teniendo en cuenta otros factores. En este punto, Silvia Pfeiff indica que el método de reconocimiento se basa “en el principio de que el reconocimiento debe ser la regla y la denegación del reconocimiento la excepción. Corresponde, por tanto, a la autoridad de acogida justificar la necesidad de denegar el reconocimiento de un elemento del estatuto adquirido ... en caso contrario, debe reconocerse”<sup>68</sup>.

### III.2. Beneficios y ventajas del método de reconocimiento

El catedrático y jurista alemán Matthias Lehmann considera que el método de reconocimiento permitiría resolver varios problemas de una sola vez. Entre ellos, destaca que la resolución de los litigios se vería

<sup>64</sup> Calvo Caravaca, Alfonso Luis – Carrascosa González, Javier, *Derecho Internacional Privado...*, Op. Cit., p. 114.

<sup>65</sup> Bollée, Sylvain, “L’extension du domaine...”, Op. Cit., p.114

<sup>66</sup> Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut...*, Op. Cit., p.410.

<sup>67</sup> Reitzer, Camille, “Contribution à l’étude de la méthode...”, Op. Cit., p.372.

<sup>68</sup> Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut...*, Op. Cit., p.420.

facilitada porque hace innecesaria la aplicación de normas de conflicto de leyes y de normas sustantivas extranjeras. En este sentido, expresa “una norma general de reconocimiento evitaría juicios y valoraciones divergentes en Estados diferentes. Aunque su aplicación supondría apartarse del clásico método de la elección de la ley, serviría paradójicamente para avanzar hacia la consecución de su objetivo, que es la ‘armonía internacional de las soluciones judiciales’”<sup>69</sup>.

**Reducción de las trabas burocráticas:** Una norma que recepte este método para los permitiría dar lugar a la reducción de la burocracia administrativa que se generan como consecuencia de tener que afrontar trámites costosos y lentos al momento de tener que solicitar vía, por ejemplo, *exequatur* el reconocimiento de una situación jurídica ya existente.

**Se eliminan los actos ‘claudicantes’:** El primer motor que impulsó el método de reconocimiento fue evitar la configuración de las situaciones jurídicas ‘claudicantes’, es decir, aquellas que son válidas de conformidad a un sistema jurídico pero inválidas en el otro. Para comprender que debe entenderse por ellas, Paolo Picone explica que son “situaciones que, en relación con un ‘círculo’ de órdenes jurídicos compuesto siempre por el foro y uno o más las órdenes extranjeras, sólo pueden producir sus efectos en la orden del foro y no en las demás, o viceversa”<sup>70</sup>.

**Seguridad jurídica:** Lehmann afirma que la norma de reconocimiento contribuiría a elevar el nivel de seguridad jurídica, mejorando así la previsibilidad y la fiabilidad<sup>71</sup>. La necesidad de la seguridad jurídica toma una relevancia especial en espacios de integración: es imperioso entender que un mercado común solo puede funcionar cuando haya medidas susceptibles de resolver las repercusiones que toda integración genera. Entonces, si buscamos fomentar y potenciar la libre circulación de las personas debe garantizarse la armonización (o la uniformidad, según se considere) de las normas en los Estados miembros. De este modo, se pone en evidencia que las personas y las familias que mudan su hogar de un país a otro se verían, eventualmente, ante la necesidad de enfrentar diferentes y diversos problemas como consecuencia de la diversidad legislativa propia de cada sistema jurídico. En este contexto, contar con una norma de reconocimiento a tal fin, favorecería la seguridad jurídica al dotarle de efectos extraterritoriales a la situación válidamente constituida al volverla ‘estables’ de manera internacional.

**Respeto de la diversidad cultural:** La multiculturalidad se vuelve un punto crucial cuando hablamos de relaciones de familia que traspasan las fronteras. Los Estados deben preocuparse por el choque cultural adoptando medidas que permitan preservar las culturas jurídicas con la cual esa familia (y su organización) se sientan relacionada. En efecto, el reconocimiento es la alternativa más coherente con la movilización y la armonización.

#### IV. LAS NORMAS DE RECONOCIMIENTO Y SU APORTE ANTE EL IMPACTO MIGRATORIO

El DIPr de familia, especialmente debido a su naturaleza y esencia, requiere mantenerse a la vanguardia. Ante ello, es necesario que las legislaciones de los Estados, junto a los operadores jurídicos, aborden las soluciones desde una nueva luz. Afirmar esto implica comprender que la solución a dar no puede mantenerse únicamente mediante la aplicación mecánica y rígida de disposiciones las cuales, en muchos casos, resultarán injustas desde la mirada de los Derechos Humanos (DDHH). En efecto, existe una estrecha y clara interacción en diversos ámbitos entre el DIPr y el DIP, entre ellos, encontramos la protección de los DDHH<sup>72</sup>.

Así, se puede afirmar que la regla de conflicto puede resultar inadecuada para el reconocimiento de

<sup>69</sup> Lehmann, Matthias, “El Reconocimiento:...”, *Op. Cit.*, p.246.

<sup>70</sup> Picone, Paolo. “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”. *En Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des Cours, Volume: 276, (1997): 123.*

<sup>71</sup> Lehmann, Matthias, “El Reconocimiento:...”, *Op. Cit.*, p.244.

<sup>72</sup> Grammaticaki-Alexiou, Anastasia, “Best interests of the child...”, *Op. Cit.*, p.267.

relaciones jurídicas válidamente creadas en el país de origen de los migrantes, al mismo tiempo afecta el mantenimiento de la coherencia internacional de las relaciones jurídicas.

El método de reconocimiento es la respuesta cuando nos preguntamos ¿Cómo limitar el impacto del cruce de fronteras en el estatus personal y los de familia? En este punto, la doctrina más especialista cita a Pillet quien subrayó que sería inadmisibles que una persona perdiera las cualidades de hijo, de cónyuge o de progenitor que había adquirido regularmente al trasladarse de un Estado a otro. Así, se afirma que la necesidad de permanencia del estatuto creado se debe a su inherencia en la propia persona, de este modo la envoltura legal no puede cambiarse por el hecho de que la persona se desplace entre diferentes Estados<sup>73</sup>.

Hablar de libertad de circulación implica que los Estados deben reducir los obstáculos que puedan limitarla, solo de este modo una persona o familia migrante no encontrará obstáculos que pueda afectar el estado personal creado en un país. Por circulación, la doctrina destaca que se refiere “a la situación en la que un estatuto personal o familiar creado en virtud de la ley de un país puede ser efectivamente invocado ante las autoridades de otro país. Cuando esto ocurre, el estatuto en cuestión -por utilizar una metáfora- pasa de un país a otro”<sup>74</sup>.

La necesidad surge como consecuencia de que el aumento de la movilidad de las personas conduce lógicamente a un aumento significativo de las dolencias que puedan surgir en este punto. Según explica la catedrática española Pilar Jiménez Blanco, la movilidad de las personas y las familias se logra solo cuando ellas pueden trasladarse y establecerse en el Estado de acogida. Esta situación se relaciona de manera directa con la expectativa legítima para garantizar la continuidad de sus relaciones a través de las fronteras, de modo que las meras diferencias normativas entre Estados no puedan invocarse como un obstáculo a esta movilidad<sup>75</sup>. Esta expectativa tampoco es absoluta, siempre se encuentran límites.

Uno de los principales objetivos del DIPr de familia actual es el de proteger la unidad familiar respecto de los inconvenientes originados como consecuencia de la diversidad de sistemas jurídicos. Así, se afirma que una vez establecida la relación familiar (lo cual incluye el modo y la forma en que la organizan y en la forma en que lo deciden), ésta debe poder acompañar a los individuos en sus desplazamientos internacionales<sup>76</sup>. El derecho a la reagrupación familiar va a depender, indefectiblemente, de la existencia del matrimonio, de la filiación, es decir, de la familia. Ante ello, se requieren de normas acordes a las especialidades de la sociedad actual. En efecto, la condición previa siempre será el reconocimiento del status personal que será determinado por las disposiciones de DIPr<sup>77</sup>. Toda esta situación demuestra como el derecho migratorio interactúa de manera constante con el DIPr.

Si se fomenta la circulación de las personas y las familias (especialmente dentro de espacios integrados como el Mercosur), ello difícilmente pueda lograrse y garantizarse si el status obtenido y logrado en un Estado no puede sostenerse más allá de las fronteras. En definitiva, nadie haría uso de la libertad de circulación si las consecuencias de este cambio geográfico implican cambios no deseados. Desde esta perspectiva es que “la permanencia del estatuto personal ha surgido como un medio para garantizar de la libertad de circulación. En efecto, si el individuo se ve abocado, haciendo uso de su libertad de circulación, a modificar su estatus, en el sentido de que se alteran los elementos que contribuyen a definir su identidad personal y familiar, es de temer que no haga uso de esta libertad”<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Reitzer, Camille, “Contribution à l'étude de la méthode...”, *Op. Cit.*, p.26.

<sup>74</sup> Salerno, Francesco. “The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des Cours*, Volume 395, (2019): p. 139.

<sup>75</sup> Jiménez Blanco, Pilar, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 35, (2018): p.17.

<sup>76</sup> Bucher, Andreas, “La famille en droit international privé”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume: 283, (2008).

<sup>77</sup> Grammaticaki-Alexiou, Anastasia, “Best interests of the child...”, *Op. Cit.*, p.429.

<sup>78</sup> Reitzer, Camille, “Contribution à l'étude de la méthode...”, *Op. Cit.*, p.45.

#### IV.1. El método de reconocimiento en el CCyCN

El método de reconocimiento, el cual lleva a la fecha de años de desarrollo, cuenta ya con materias en las cuales la doctrina ya manifiesta su correcta y acertada aplicación. Así, se lo encuentra relacionado con temas como el nombre, la filiación por naturaleza, la adopción, el matrimonio y las uniones convivenciales, la personalidad jurídica de las sociedades y su movilidad internacional. En el sistema argentino, el CCyCN se hizo eco del pluralismo metodológico y ello se comprueba con la incorporación de normas de reconocimiento en temas específicos: filiación, adopción y otros institutos de protección<sup>79</sup>.

No es objetivo profundizar en estas normas, lo cual requiere una mayor dedicación, pero si señalar, a modo de ejemplo, como el artículo 2634 establece que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en nuestro país, tratándose de una ‘regla de conflicto de sistemas’. Como enseña la profesora Najurieta, esta norma sustituye todo régimen general de reconocimiento y *exequatur*, y resulta aplicable “al estado filial que resulta de una sentencia extranjera o de una decisión administrativa de conformidad con el derecho extranjero o de una partida de nacimiento, acto emanado de una autoridad pública que constata la situación”<sup>80</sup>. De igual manera, el artículo 2637 que establece el método de reconocimiento en materia de adopciones conferidas en el extranjero, se aceptan todas aquellas sean que cuenten con la intervención de autoridades judiciales como administrativas, siempre de conformidad con la ley del país de su otorgamiento.

Esto demuestra que nuestro sistema jurídico de DIPr admite la aplicación de este método novedoso tanto a sentencias judiciales como a documentos públicos no decisorios, dotándolo de un mayor ámbito de aplicación. De este modo, “se trata de un sistema innovador, que prescinde de procedimientos contenciosos y compromete la interpretación y aplicación por parte de la autoridad judicial o administrativa argentina que debe efectuar el control de compatibilidad sustancial previsto, con resguardo del derecho de defensa de todos los sujetos eventualmente afectados”<sup>81</sup>.

#### V. A MODO DE CIERRE

En sus inicios, cuando la doctrina puso sus ojos en este incipiente método, se consideró que solo se aplicaba a decisiones extranjeras. Pero, con el pasar del tiempo, su ámbito de aplicación no pudo contenerse, de allí que se encuentra en debate la posibilidad de extenderse a actos públicos de naturaleza decisoria, incluso a relaciones privadas creadas sin la intervención de una autoridad pública. Así, autores de la talla de Mayer, Bollé y Pamboukis analizar, y hasta aceptan (con reparos) ampliar el campo del método de reconocimiento para introducir en su órbita situaciones jurídicas que no necesariamente sean decisiones judiciales.

En este punto, se coincide plenamente con Pataut en cuanto a que la extensión de este método es una realidad indiscutible. Si bien generalmente se anexa al derecho comunitario, pues allí también data su resurgimiento, va mucho más allá de este marco ya que el reconocimiento se encuentra tanto en el derecho internacional privado común como en el derecho internacional privado convencional<sup>82</sup>. En un acabado y

<sup>79</sup> Artículo 2634.- Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Artículo 2637.- Reconocimiento. Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domicilio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado.

Artículo 2640.- Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.

<sup>80</sup> Najurieta, María S. “Reconocimiento y derechos fundamentales...”, Op. Cit., Inédito.

<sup>81</sup> Najurieta, María S. “Reconocimiento y derechos fundamentales...”, Op. Cit., Inédito.

profundo estudio realizado por Roberto Baratta en un *Recueil des Cours*, expresó que “La importancia de estos mecanismos parece bastante evidente: la eficacia en el foro del estatuto de la persona creada en el extranjero, al margen de cualquier exequátur de los actos relativos a la existencia de dicho estatuto, expresa sin duda la dificultad para las autoridades estatales de desconocer situaciones que ya han producido efectos. Negarse a reconocer la existencia y validez de tales situaciones en el foro tendría efectos perjudiciales para las partes afectadas. El propósito subyacente de estos mecanismos es, como podría decirse, garantizar la continuidad de los individuos en el espacio, a través de las fronteras...”<sup>83</sup>.

Quienes sostienen este método como una positiva solución<sup>84</sup> indican que ofrece una nueva ilustración al afirmar que el respeto a las personas prevalece sobre el interés de los Estados en respetar sus propias leyes. Esto se debe a que los cambios sociales generaron que el DIPr comience un movimiento dirigido a tener más en cuenta a las personas, las familias y sus necesidades. En efecto, implica reconocer que nuestra materia cumple aquella finalidad que debe tener todo sistema jurídico: ser un derecho al servicio de la sociedad, de modo que permita a las familias poder organizarse en torno a sus intereses sin que ello sea cuestionado por el Estado. En resumidas cuentas, el objetivo es proteger a las personas y las familias de la intervención arbitraria de las autoridades públicas en el ejercicio de un derecho fundamental consagrado por las convenciones de DDHH<sup>85</sup>. Ahora bien, el respeto a la vida privada y familiar tampoco se convierte en un principio absoluto. La búsqueda en la garantía de que la circulación de las familias no afecte los derechos adquiridos no implica dejar de lado la necesaria protección que cada país respecto a su orden público internacional.

Acorde a todo lo desarrollado, resulta de necesidad y de suma utilidad la adopción de un mecanismo eficiente con fuerza en la cooperación jurídica internacional. Para ello, sería un logro la aprobación de un instrumento (a nivel convencional o comunitario) en el cual se contengan reglas de este estilo. Como destaca la doctrina, “las soluciones armoniosas se consiguen más fácilmente celebrando acuerdos internacionales que definiendo normas nacionales de Derecho internacional privado”<sup>86</sup>.

Pensando a nivel regional, hay varias razones que fundamentan la necesidad de una regulación dentro del Mercosur como espacio de integración regional. Siendo un principal objetivo la libertad de circulación junto a la seguridad y justicia, buscar una armonización de legislaciones entre los Estados miembros en lo relativo a los diferentes métodos y, especialmente, al método de reconocimiento para las relaciones familiares de los migrantes. Llegar a este punto implicaría un logro a nivel internacional: obtener una regulación uniforme que garantice seguridad jurídica.

En resumen, la reglamentación está justificada para reducir el limbo jurídico al cual se enfrentan las familias que migran. El objetivo es, pues, garantizar la armonía interna de las soluciones, es decir, la continuidad en el ámbito judicial común de los estados y situaciones familiares, y la circulación de las personas evitando dichos obstáculos<sup>87</sup>. El método de reconocimiento permitiría mantener la coherencia internacional de las relaciones privadas, especialmente en aquellos casos en los cuales la norma indirecta resulta injusta o insuficiente.

## BIBLIOGRAFÍA

Baratta, Roberto, “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”. En

<sup>82</sup> Pataut, Etienne, “Le renouveau de la théorie..” *Op. Cit.*, p.175.

<sup>83</sup> Baratta, Roberto, “La reconnaissance internationale des...”, *Op. Cit.*, p.280.

<sup>84</sup> Bucher, Andreas, “La famille en droit international privé”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours, Volume: 283, (2008)*.

<sup>85</sup> Reitzer, Camille, “Contribution à l’étude de la méthode...”, *Op. Cit.*, p.230.

<sup>86</sup> Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut personnel...*, *Op. Cit.*, p.60.

<sup>87</sup> Baratta, Roberto, “La reconnaissance internationale des...”, *Op. Cit.*, p.412.

- Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours, Volume: 348, (2011).
- Bilyachenko, Alexey, “La circulation internationale des situations juridiques”. Thèse de Doctorat, Université de la Rochelle, Faculté de droit, de science politique et de gestion, 2016.
- Bollée, Sylvain, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”. En *Revue critique de droit international privé*, 96, N° 2, (2007): 307-355.
- Bucher, Andreas, “La famille en droit international privé”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume: 283, (2008).
- Bucher, Andreas, “La migration de l’état civil”. En *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l’honneur de Hans van Loon*, Cambridge (2013): 101-11.
- Calle, Pierre, “L’acte authentique établi à l’étranger. Validité et exécution en France”. En *Revue critique de droit international privé*, Vol. 94, N° 3, (2005): 377-412.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis – Carrascosa González, Javier, *Derecho Internacional Privado*, Vol I, 18° Edición, Ed. Comares: Granada, 2018.
- Diago Diago, María del Pilar, “La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado”, en Collantes González, J. y Serrano Migallón, F., *El Derecho español y europeo, Derecho civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa – UNAM: México, (2005).
- Esteban de la Rosa, Gloria, “El ‘método del reconocimiento’ como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración”. En *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 9, (2009): 1-27.
- Esteban de la Rosa, Gloria, “El nuevo derecho internacional privado de la inmigración”. En *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 59, No. 1, (2007): 103-130.
- Gardeñes Santiago, Miguel, “El método de reconocimiento desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado europeo y español”. En *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, (2017): 379-424.
- Grammaticaki-Alexiou, Anastasia, “Best interests of the child in private international law”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 412, (2020): 263-434.
- Jiménez Blanco, Pilar, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”. En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 35, (2018): 1-49.
- Kohler, Christian, “L’autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume: 359, (2013): 299-471.
- Lagarde, Paul, “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé? Conferencia inaugural”. En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 371, 2014: 19-42.
- Lagarde, Paul (Dir), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, París: Editions A. Pedone, 2013.
- Lehmann, Matthias, “El reconocimiento ¿Una alternativa al Derecho Internacional Privado?”. En *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 8, N° 2 (2016): 240-257.
- Marzal Yetano, Toni, “The Constitutionalisation of party autonomy in European family law”. En *Journal of Private International law*, Vol. 6, N° 1, (2010): 155-193.

- Mayer, Pierre, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 327, 2007: 23-378.
- Mayer, Pierre, “La reconnaissance: notions et méthodes”. En Lagarde, Paul (Dir) (2013). *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Ed. Pedone: Paris, 25-33.
- Najurieta, María S., “L’Adoption internationale des mineurs et les droits de l’enfant”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume: 376, (2015): 209-493.
- Pamboukis, Charalambous, “La renaissance métamorphose de la méthode de reconnaissance”. En *Revue critique de DIP*, vol. 97, no. 3, (2008): 513-560
- Pamboukis, Charalambous, “Les actes publics et la méthode de reconnaissance”. En Lagarde, Paul (Dir) (2013). *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris: Ed. Pedone, (2013): 133-146.
- Patat, Etienne, “Le renouveau de la théorie des droits acquis”. En *Travaux du Comité français de droit international privé*, N° 18, (2009): 71-114.
- Picone, Paolo. “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume: 276, (1997): 12-296.
- Pierre, Hector, “La circulation des actes et des décisions en droit international privé”. Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, 2021.
- Pfeiff, Silvia, *La portabilité du statut personnel dans l’espace européen*. Paris: Ed. Emile Bruylant, 2017.
- Reitzer, Camille, “Contribution à l’étude de la méthode de la reconnaissance: l’exemple de la circulation du statut de couple”. Thèse de Doctorat, Université Panthéon-Assas, 2019.
- Salerno, Francesco. “The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law”. En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Volume 395, (2019): 21-196.
- Scotti, Luciana B., *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley: Buenos Aires, 2019.
- Uzal, María E., *Derecho Internacional Privado*, Ed. La Ley: Buenos Aires, 2016.

---

# El régimen de representación de niñas, niños y adolescentes (NNyA) y el control de convencionalidad.

Autores: **Juan Pablo Cafiero**<sup>1</sup> (\*) y **Maria del Huerto Terceiro** (\*\*)

---

**SUMARIO:** I. Introducción. - II. Diagnóstico de Situación. - III. Consideraciones Finales

## RESUMEN

La tesis de trabajo para estas Jornadas Sanisidrenses (\*\*\*) es la afirmación de que las personas menores de 18 años tienen necesidades morales, ya sean afectivas o patrimoniales, de seguridad y libertad, de progreso y de participación, por lo que como correlato de dichas necesidades nacen los derechos, muchos de ellos conocidos como los derechos de las infancias. Entre ellos el de acceder y participar plenamente en todo proceso en los que su vida pueda quedar afectada. Sean de orden administrativo como judicial. A tal fin, en un Estado de Derecho social y convencional, deben brindarse todas las garantías que hacen a su calidad de sujeto de derecho. En tanto su dignidad y libertad como personas no puede dividirse según el rango etario u otra discriminación y dada la indisponibilidad de las cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos en favor de NNyA. Tanto, la participación con patrocinio especializado del Abogado del NNyA, así como el derecho a ser oído, son la base para determinar el Interés Superior. Principios irrenunciables, imperativos, de orden público, y obligatorios para asegurar la vigencia de los derechos humanos de las infancias.

---

<sup>1</sup> (\*) Abogado (UBA). Director de la Defensoría del Niño (CASI). Instituto Interdisciplinario del Niño y la Familia (CASI). 2015/2020. Conjuez Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Mediator Prejudicial.

(\*\*) Abogada (UBA), Maestranda en Políticas Públicas Infanto-Juveniles (UBA). Secretaria del Instituto Interdisciplinario de Niñez y Familia (CASI). Coordinadora del Curso de Abogado del Niño (CASI) Coordinadora del Observatorio del Niño (CASI).

(\*\*\*) VII Jornadas sanisidrenses de derecho "El derecho convencional, sus relaciones e influencias en las relaciones jurídicas".

## **PALABRAS CLAVE**

Control de convencionalidad. Infancias. Abogado del niño. Especialidad. Participación de niños, niñas y adolescentes (NNyA).

## **I. INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo se centra en la afirmación: las personas menores de 18 años tienen necesidades morales, ya sean afectivas o patrimoniales, de seguridad y libertad, de progreso y de participación. En concordancia con dichas necesidades surgen los derechos denominados “derechos de las infancias”. En la etapa de diagnóstico, se hace hincapié en: acceder y participar plenamente en todo proceso, en los que la vida de los NNyA pueda quedar afectada. Brindándose todas las garantías que hacen a su calidad de sujeto de derecho. En tanto, su dignidad y libertad como personas no puede dividirse según el rango etario u otra discriminación. Y, dada la indisponibilidad de las cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos en favor de NNyA.

La consideración final de este trabajo se enmarca en la participación con patrocinio especializado del Abogado del NNyA, así como el derecho a ser oído, son la base para determinar el Interés Superior.

## **II. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN**

La tesis de trabajo para estas Jornadas Sanisidrenses es la afirmación de que las personas menores de 18 años tienen necesidades morales, ya sean afectivas o patrimoniales, de seguridad y libertad, de progreso y de participación, por lo que como correlato de dichas necesidades nacen los derechos, muchos de ellos conocidos como los derechos de las infancias. Entre ellos el de acceder y participar plenamente en todo proceso, en los que su vida pueda quedar afectada. Sean de orden administrativo como judicial. A tal fin, en un Estado de Derecho social y convencional, deben brindarse todas las garantías que hacen a su calidad de sujeto de derecho. En tanto su dignidad y libertad como personas no puede dividirse según el rango etario u otra discriminación y dada la indisponibilidad de las cláusulas de los tratados internacionales de derechos humanos en favor de NNyA. Tanto, la participación con patrocinio especializado del Abogado del NNyA, así como el derecho a ser oído, son la base para determinar el Interés Superior. Principios irrenunciables, imperativos, de orden público, y obligatorios para asegurar la vigencia de los derechos humanos de las infancias.

La capacidad progresiva determina criterios a través de los que la ley autoriza determinados actos. Pero al asimilarlos a los actos realizados por los adultos, se le desconoce el plus de protección especial de la infancia. Así, persisten criterios judiciales y normas que se alejan de dicha instrucción constitucional y convencional.

El modelo garantista, que hacemos propio, nos permite alejarnos del iuspositivismo dogmático que aún aplica normas y criterios de forma automática.

Esta mirada, termina avalando prácticas contrarias a la misma legalidad que se pretende defender. En cambio, el iuspositivismo crítico es una invitación a la judicatura a emitir juicios sobre la validez de criterios, procedimientos y normas que concilien la convencionalidad con la práctica judicial. Esta última implica la sujeción de todo poder al derecho, de esta forma los derechos de las infancias son impuestos como una obligación encomendada al poder político, tanto en su motivación, como en la garantía de su efectividad. Recordemos que los tratados de derechos humanos son, además, un límite al poder legislativo. Pero, hemos de admitir, que las falencias del poder político en dar respuestas eficaces a las necesidades de las infancias, incrementa la demanda de estas en el Poder Judicial. Ello expande el rol de la Justicia, y sobre exige a la judicatura a dar respuestas en temas que le son impuestos por la agenda social que no ha logrado obtener políticas públicas que satisfagan las demandas de la infancia.

En tal línea de acción debemos superar la identificación de los derechos del ciudadano por el derecho

de las personas. Ese tránsito soslaya las diferentes etapas evolutivas de los NNyA, y nos convoca a hacer valer esos derechos desde el momento mismo del nacimiento de la vida. El abogado especializado, que es la figura del Abogado de NNyA, puede cumplir con el deber de patrocinio, aún sin recibir una instrucción de su asistido, ya que el marco iusconvencional y constitucional lo orientará para el ejercicio de la protección, asesoramiento, e identificación del Interés Superior del Niño. La escucha, que se define como un acto procesal de gran envergadura para la decisión administrativa o judicial, tiene que adoptar todos los criterios para que los NNyA puedan alcanzar la plena participación dentro del proceso. Asimismo, la dinámica evolutiva de la autonomía podrá ir dotando un campo reflexivo y de conciencia que acompañe la maduración de cada persona. En ese sentido se inscribe como mejores prácticas la Resolución 819/22 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

El juez debe actuar con toda la información disponible. Así el juicio, como definieron los clásicos, se construye con la imparcial búsqueda de la verdad. Ese proceso está en su base informativa. No debe ser un proceso ofensivo contra el NNyA o contra su familia, ya que la enemistad para explicar una decisión no puede fundarse en un prejuicio sobre el contexto familiar o personal. Esa simplificación contribuye a la arbitrariedad<sup>2</sup> y a la puja, entre quienes deben actuar en la restauración de derechos. Sin duda que es atribuible a la magistratura un margen legítimo de arbitrariedad. Lo contrario sería una arrogancia cognitiva. Buscar la verdad implicará asumir el valor de la duda y la conciencia constante, de la posibilidad de error de hecho y de derecho. Para limitar ese poder habrá que tener disponibilidad para atender las razones opuestas de todas las partes.

En ese espacio la escucha a NNyA con la presencia de su letrado especializado puede redundar en una mejor performance del desempeño judicial o de la administración en la respuesta a la necesidad y derecho respectivo.

Si, el Interés Superior del Niño, es un principio de orden público, ergo no disponible, y tiene la fuerza de desplazar otros derechos, en tanto su ponderación convierte en flexibles y adaptables las demás normas que influyen en un caso. Esa ponderación, por la sola presencia de NNyA, en el caso, cambia la pirámide jurídica y la interpretación legal.

En la órbita del derecho no disponible, porque en él radican la vigencia efectiva de los principios y garantías constitucionales y convencionales, surge la escucha y el patrocinio letrado especializado. Entre esos pilares se va diseñando el debido proceso legal y el Estado garantiza la tutela judicial efectiva diferenciada con más el plus para las infancias, lo cual le da la función garantista sobre una franja social por naturaleza vulnerable.

Sin embargo, sin niñez como sujeto, no hay niños o niñas que puedan alcanzar el estatus de ingreso a la ciudadanía. La niñez es descartada cuando no participa del bios, es decir de la decisión, y ocupa el lugar del zoe, poniendo su cuerpo.

El ámbito jurídico para el ejercicio de la representación de personas menores de 18 años está previsto en el artículo 26 CCyCN donde se acuña el criterio: "... a mayor autonomía de la persona disminuye la actuación de su representante (...)"<sup>2</sup>. La propia norma ratifica el derecho a ser oído y a contar con asistencia letrada. Sin embargo, en la norma se produce un error. La asistencia letrada, al igual que en el mundo de los adultos, es obligatoria, y su ausencia acarrea la nulidad. No se trata de verificar el desarrollo de sus recursos intelectuales, ello es una discriminación, es obligatoria la escucha con asistencia legal en todos los escenarios. El abogado del niño, valiéndose de la interdisciplina, debe estar capacitado para abordar esa complejidad. Asimismo, la norma insiste, en su último párrafo, en el error de asimilar al adolescente con el adulto. En esta redacción no se tuvo en consideración el plus de protección. El Código adoptó un criterio dinámico tal como es el sistema de la capacidad, con el de autonomía progresiva del artículo 5 y 12 CDN (ver OC 17/2002 CIDH), combina edad con el grado de madurez, de tal forma que iguales edades no son capacidades iguales.

Sin perjuicio de ese señalamiento, el paraguas de la convencionalidad suple las deficiencias señala-

---

<sup>2</sup> Ferrajoli: *Nueve máximas de la deontología judicial*. Congreso de Magistratura Democrática 1/01/2013.

das. Y la práctica judicial va sosteniendo progresivamente la presencia del abogado especializado para la asistencia de NNYA. Sin dudas que aún en actuación solapada con el Ministerio Público<sup>3</sup>, pero haciendo un camino constitutivo de una meta-garantía para un sector vulnerable de la sociedad. La perspectiva de las infancias es una forma de abordar el mundo jurídico. Tanto en las relaciones familiares como en todo acto o negocio jurídico. Es el legado de la convencionalidad, de existencia previa a la reforma constitucional de 1994, pero reforzada y expresa luego de la incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en particular la Convención sobre los Derechos del Niño.

Siguiendo esta línea de pensamiento, con la finalidad de compartir lineamientos interpretativos a través del análisis de sentencias de judiciales. Teniendo como marco los principios fundamentales de la CIDN, a saber: el derecho del Niño a ser oído, el Interés Superior del Niño y el derecho a la Participación Infantil.

En este contexto, el bloque de constitucionalidad federal ha sido definido por Bidart Campos como “(...) un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental (...)”. Y, tiene (...) “como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales (...)”, (Bidart Campos, 1995)<sup>4</sup>.

Cuando un Estado ratifica un tratado de derechos humanos, asume obligaciones en los términos del instrumento internacional, hacia los individuos bajo su jurisdicción. Considerando los tratados internacionales de derechos humanos, el Estado Nación tiene la obligación de adecuar la legislación interna, a dichos tratados.

Ello, en concordancia con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que señala: “... una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (...)”<sup>5</sup>.

Según Bidart Campos,

“... la doctrina de la supremacía constitucional exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad. En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión que las normas y los actos contrarios a la constitución no valen: son inconstitucionales o anticonstitucionales. De este modo, no estableceremos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales (...)”, (Bidart Campos; 1996)<sup>6</sup>.

Desde la óptica del sistema jurídico, en la esfera de actuación de NNYA, la capacidad progresiva no puede ser completada por un sistema rígido de autoridad paternal de subordinación absoluta de la persona menor de edad, a los criterios establecidos por sus responsables.

La subordinación absoluta a la autoridad paternal, no se compadece con las pautas establecidas en el bloque de constitucionalidad, que impone el respeto de la vida, la salud y la dignidad de todos los ciudadanos, que asegura la garantía de una adecuada provisión de información. En el caso de los NNYA establece como pauta de valoración, la de personalísimos del hijo, con los deberes y derechos que les caben a los progenitores para su formación y cuidado.

Con este marco teórico, el análisis tiene como punto de partida la identificación de pautas para la designación del Abogado del Niño en los Juzgados de Familia, a partir del análisis de sentencias de las distintas Salas de las Cámara de Apelaciones. Y, enunciaremos algunas de las principales críticas desde nuestro enfoque conceptual.

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán, (1995), *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires pp. 265-267.

<sup>5</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf)

<sup>6</sup> Bidart Campos, German, *Manual de la Constitución Reformada*. Ed. Ediar, Buenos Aires, 1996, T.I. Cap.5.

Se analizan las sentencias judiciales, en el periodo posterior a la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), del año 2015. A través de una orientación descriptiva, en el sentido de postular una interpretación por sobre otra de lege lata, la cual se ocupa de detectar problemas interpretativos, y proponer soluciones.

Ser niño o adolescente, determina un estatus jurídico, a partir de estas características se establece el contenido, alcance y hasta, el momento a partir del cual pueden ejercer los derechos por sí. El CCCN determinó como regla<sup>7</sup>: que son permitidos el ejercicio de los derechos por NNYA de acuerdo con su edad y grado de madurez. Así, se recepta el derecho a ser oído en todo proceso judicial, el derecho de NNYA a participar en las decisiones que se adopten y afecten su persona.

El legislador estableció que el ejercicio de derechos por NNYA, excluye la función representativa cuando niños y adolescentes satisfacen la exigencia de edad y madurez suficiente.

En los últimos años la condición jurídica de la niñez se ha centrado en derechos de libertad, característicos de personas adultas. Esta equiparación, es decir, la capacidad jurídica para adoptar decisiones, que el ordenamiento reserva a las personas adultas. Sin embargo, un adolescente de 16 años se presume competente, con relación al cuidado de su propio cuerpo, artículo 26 CCCN, último apartado.

El modelo previsto en el CCCN estableció un régimen mixto. Se presume que el adolescente posee competencia y puede ejercer el derecho en cuestión antes de haber alcanzado la mayoría de edad establecida por el mismo ordenamiento.

Por la manera en cómo encontramos la designación del Abogado del Niño en las sentencias analizadas, señalamos los siguientes puntos críticos:

Se analiza la procedencia de la participación del NNYA con abogado especializado, estos son:

- En el presente caso, "... se sostiene que, si el NNYA posee la madurez y la competencia necesaria para presentarse ante el Juzgado de familia a fin de ser escuchada, ofrecer prueba. Y, en definitiva, participar de la decisión que se tome respecto de su persona. La Sala expresa -ante la denegatoria- que ésta implica una violación al derecho de acceder a la defensa en juicio y al Interés Superior del Niño, en su faz procesal"<sup>8</sup> (...). Desde nuestra perspectiva, es adecuada esta resolución, en tanto adopta un criterio fundado en un principio constitucional-convencional, propiciando la participación del NNYA.

- En otro caso analizado, la Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación de La Plata, "... decidió que la designación de un Abogado del Niño es procedente cuando la persona menor de edad en oposición de intereses del niño con sus representantes legales, artículo 26 inc.2 párr. CCCN y posee un grado de madurez suficiente para dar instrucciones a su abogado, a diferencia del derecho a ser oído que puede ser ejercido a cualquier edad. Esta capacidad procesal se presume a partir de los 13 años, pero antes de esa edad puede demostrarse mediante incidente. Y, si no tiene madurez suficiente, se le nombrará un tutor ad litem<sup>9</sup>...". Según nuestra perspectiva coincidimos parcialmente. Porque, se atiende parcialmente al principio de supremacía, al designarse un abogado. El cual, carece de especialidad, requerida por el ordenamiento, artículo 27 Ley 26.061. Considerando, que la formación interdisciplinaria que poseen los Abogados del Niño es una adecuada respuesta para articular en conflicto familiar sustanciado.

Se analiza la participación del NNYA con ausencia de designación Abogado del Niño, en los siguientes casos:

- ... "En el caso analizado, el órgano competente manifiesta que NNYA debe contar con el grado

<sup>7</sup> Artículo 26 Código Civil y Comercial, 1er. Párrafo.

<sup>8</sup> La Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes c/ S., S. Medida de abrigo, La Plata 11 de noviembre 2015.

<sup>9</sup> La Sala Primera de la Cámara Segunda de Apelación de La Plata, en autos caratulados "P., M. A. C/ L., M. A. S/Alimentos" (causa: 128440), 10 días del mes de agosto de 2021.

de madurez suficiente para darle instrucciones a su abogado <sup>10</sup>...”. Nosotros señalamos, que en la mayoría de los casos esto no ocurre, por lo tanto, en este contexto es poco probable, aceptar la señalada afirmación: que el niño o el adolescente pueda darle instrucciones a su abogado.

• “... Cuando el adolescente posee 15 años, y el mismo manifiesta que no quiere un abogado que lo asista, es decir, conoce que puede contar con un patrocinio, pero no le interesa <sup>11</sup> ...” Consideramos que sostener esta postura, afecta el derecho a la defensa en juicio, siendo contrario a la garantía de la tutela judicial continua y efectiva. Conforme el art.15 Constitución Provincia de Buenos Aires.

• “... Se distingue la figura de la participación del Niño, del derecho a ser oído, que puede ser ejercido a cualquier edad- esta última. Esta capacidad procesal se presume a partir de los 13 años. En todos los casos deberá contarse con el consentimiento del adolescente prestado en el expediente judicial a tal fin <sup>12</sup>...”.

Desde nuestra perspectiva, tanto la participación, como el derecho a ser oído del Niño, son cuestiones indisponibles.

• “...Existen casos, que prima fase, amerita la designación del mencionado profesional. Serán los supuestos en que el Niño exprese su deseo de contar con abogado propio aplicación analógica del artículo 27 inc. a) de la ley 26.061. Sin embargo, aclara que no será procedente ante la manipulación de la que es objeto por uno de sus progenitores, en situaciones que verifican un alto nivel de conflicto parental, cuando lo perseguido por los padres en el proceso es susceptible de provocar severos riesgos en la vida del niño<sup>13</sup>...”.

Consideramos que el Abogado del Niño debe respetar el interés genuino, es decir, ante el deseo de tener abogado propio. Si este abogado representa el interés de uno de los progenitores, no corresponde su designación, en este proceso, implicaría contrariar el espíritu de la norma, que sustenta el instituto.

• “... Cuando la pretensión de designar un letrado para patrocinar a un Niño menor de 14 años, que es a su vez abogado patrocinante de una de las partes en un juicio por *violencia familiar*. Debe rechazarse -en el caso, se designó *tutor especial*, en los términos del art.109, inc. A del CCCN-, en tanto se desprende de la causa que aquel no posee la madurez psíquica y emocional y, el entendimiento requerido a los fines de ser autorizado a intervenir de un modo directo e inmediato en la defensa de sus propios intereses<sup>14</sup>...”.

Desde nuestra perspectiva, adherimos a la resolución, en tanto el abogado que patrocine debe actuar conforme al Código de Ética, y, por lo tanto, no podría intervenir en el proceso patrocinando a ambas partes. Sin embargo, la designación de *tutor ad litem*, entendemos que no cumple con el requerimiento de las garantías mínimas del proceso judicial, por ejemplo, la especialidad, artículo 27 Ley 26061. Por lo tanto, disentimos con la designación de tutor especial en este caso.

• “...La Sra. Defensora de Cámara puso de relieve que nos encontramos dentro del marco de un proceso de violencia familiar, —en el cual se ha dispuesto el cuidado personal unilateral de H. y

<sup>10</sup> P. M., N. M. s/ abrigo Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Dolores Fecha: 26-12-2019. Cita: IJ-CMXV-292.

<sup>11</sup> Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B(CNCiv)(SalaB) Fecha: 20/04/2018 Partes: P., S. R. c. B., P. H. s/ denuncia por violencia familiar Publicado en: RDF 2018-VI, 21. Cita: TR LALEY AR/JUR/45214/2018.

<sup>12</sup> I., M. L. por su Hijo Menor P., I. G. F. c/P., M. J. s/Privación Patria Potestad País. Argentina

Tribunal: Cámara de Familia de la Primera Circunscripción. Fecha:26-06-2018 Cita: IJ-DXXXVII-603.

<sup>13</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Necochea (CCivCom Necochea) Fecha: 22/03/2016 Partes: G., A. M. c. L., M. Z. s/ desalojo falta de pago Publicado en: La Ley Online; Cita: TR LALEY AR/JUR/13855/2016.

<sup>14</sup>Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B (CNCiv) Fecha: 20/04/2018.

Partes: P.S.R. c B.P.H. s/ denuncia por violencia familiar. Publicado en: RDF 2018-VI, 21 Cita: Tr LA LEY AR / JUR / 45214 /2018.

S. a favor de su madre— donde ya se encuentran interviniendo diversos efectores en resguardo de los intereses y derechos de los niños involucrados, no resultando pertinente ni beneficiosa en el actual estado de la causa, la designación de un abogado para el niño. No obstante, ello entiende que, en miras del interés superior de su asistido, lo más favorable será la designación de un tutor. Por tales circunstancias opina que deberá confirmarse la resolución apelada y rechazarse los agravios<sup>15</sup> ...”.

Nosotros afirmamos, que nuevamente nos encontramos ante una designación de tutor especial, el cual no cumple con los requerimientos mínimos procesales de especialidad. Sin embargo, existe evidencia suficiente que se designan tutores especiales a las personas menores de 13 años. Se constata que es habitual la designación de tutores especiales para niños de menos de 15 años, desde nuestra postura es inconstitucional.

• “... De manera que, en cada caso, corresponde establecer si en función de la capacidad progresiva del niño se puede designar un abogado que represente en el proceso su interés particular. Por otro lado, los derechos de jerarquía constitucional que tienen los niños, niñas y adolescentes de ser oídos y de actuar procesalmente importa que pueden ser escuchados en una causa judicial, en audiencia y sin límite de edad según su grado de madurez conforme la CDN, la ley 26061 y el artículo 639 inciso c) CCyCN, sin que ello implique que se admita su intervención con representación propia en el proceso y con independencia de sus padres. En el marco de la audiencia que se llevó a cabo en esta Sala se tomó contacto con S. y se pudo advertir que el niño no se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio en atención a su edad y a su falta madurez (artículo 12 en concordancia con el artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño; 75 inciso 22 y 18 de la Constitución Nacional; 18, 44 y 45 de la Constitución Provincial, 27 inciso c) de la ley 26061, de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes. En efecto de tal entrevista resulta que al evaluar la conveniencia de designarse un abogado del niño entiendo que S. no cuenta con edad ni madurez suficiente para contar con asistencia letrada, no alcanzando a comprender, por su corta edad, la función de tal asistencia ni puede formarse un juicio propio. Por ello coincido con el Juez de grado en el sentido que los derechos se encuentran debidamente defendidos por la Asesoría de Incapaces, lo que me lleva a concluir que la designación debe desestimarse (artículo 608 inciso 1 del CCCN)<sup>16</sup> ...”. En el presente caso el Niño de 4 años, no puede comprender el alcance de las medidas que se adoptan, sin embargo, el Asesor de incapaces no patrocina a los derechos del niño del mismo modo que el Abogado del Niño.

• “... Con relación a la designación de abogado del niño; para garantizar el debido proceso, que requieren los impugnantes, aun cuando consideran que no hay intereses contrapuestos entre ellos y su hijo, de conformidad con lo previsto por el artículo 27 de la ley 26061, no existen motivos que justifiquen su designación, máxime la edad del menor (1 año y 7 meses) y su grado de madurez y que atento a ello, la Asesora de Incapaces asumió la defensa de P. en forma directa y adecuada amparando sus derechos<sup>17</sup>...”.

En el este caso, la Sala desestimó la designación de un abogado para representar los intereses de un niño de -1 año y 7 meses-. Vemos como se reitera la pauta establecida de no designar abogado cuando no posee con grado de madurez suficiente. En este sentido, se confunde la madurez del niño y con la representación letrada.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B(CNCiv)(SalaB) Fecha: 20/04/2018 Partes: P., S. R. c. B., P. H. s/ denuncia por violencia familiar Publicado en: RDF 2018-VI, 21. Cita: TR LALEY AR/JUR/45214/2018.

<sup>16</sup> Cámara de apelaciones de San Isidro, Sala 1: “C. S., N. M. C/ U., D. S/ Comunicación con los hijos” Fecha: 7-8-2018.

<sup>17</sup> Cámara de apelaciones de San Isidro, Sala 1: “C. S., N. M. C/ U., D. S/ Comunicación con los hijos”

<sup>18</sup> Agradecemos a la Dra. Capuano Tomey los insumos proporcionados para el presente estudio.

### III. CONSIDERACIONES FINALES.

Los NNYA tienen pues, derecho a una protección especial cuya tutela debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que, ante cualquier conflicto de intereses de igual rango, su interés moral y material debe tener prioridad sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso. Con referencia a las sentencias analizadas, consideramos condiciones esenciales para la designación de Abogados del Niño, ellas son:

Es menester la designación de abogado preferentemente especializado en niñez, y con formación interdisciplinaria. Resulta necesario que el derecho del niño a ser oído sea equiparado al derecho del Niño a participar en los procedimientos que lo afecten, en tanto comprende los principios que subyacen en todo tratado de derechos humanos, siendo que está íntimamente conectada con las garantías constitucionales (artículo 15 CP, 18 CN). Para erigirse en un instrumento de compensación adecuada para nivelar asimetrías y alcanzar una igualdad real, y no declarativa, facilitando el acceso a la justicia. Siempre que resulte apropiada la designación de Abogado del Niño: es procedente arribar a una decisión ceñida a la convencionalidad, justa y equitativa para NNYA que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Consideramos que cuando los valores y fines perseguidos no son explícitos en la norma legal, es difícil su determinación posterior. Cuando se encuentran tensiones entre los distintos principios y valores consagrados en el mismo conjunto normativo, la actividad judicial y de los operadores jurídicos deben llevar adelante un minucioso análisis que conduzca a la determinación del “interés superior”, el cual no será uno que desplace a otros sino al “conjunto” de derechos y circunstancias que mejor defiendan al niño en un marco de un plan de vida digna, sin perjuicio de que en el ejercicio de su libertad y autonomía del niño hará variar permanentemente el conjunto de derechos y prioridades vitales. El conjunto de normas no sólo está integrado por las que emanan de los órganos legislativos, sino también *por las interpretaciones jurisprudenciales que interpretan el alcance de esta.*

Es importante destacar el cambio adoptado por la Cámara de apelaciones de San Isidro, Sala 1, la cual adopto una postura, que admite la participación de NNYA en los procesos.

El presente análisis crítico se realizó sobre el corpus de sentencias lo cual implicó dotar de sentido los distintos criterios aludidos, y nuestra tarea consistió en precisar las producciones jurisprudenciales. Como síntesis de la presentación puntualizamos:

Resulta evidente la necesidad de unificación de criterios jurisprudenciales.

Considerando la naturaleza del acto procesal, sus características, su habitual modalidad, sus implicancias y su finalidad, resulta apropiado la designación de Abogado del Niño que pueda participar en la audiencia con la persona menor de edad ante el Tribunal.

La audiencia habitualmente fijada para que el niño comparezca en forma personal, atento su carácter personalísimo, ante la presencia del magistrado, quien -por aplicación del principio de inmediatez, art. 706, CCyC- debe asimismo participar del acto, se trata de un acto procesal cuya denegación de participación del ADN afecta directamente el Interés Superior del Niño, constituyendo una expresa violación de la defensa en juicio.

Se debe procurar una real y total independencia de quien ejerce el patrocinio del NNYA, respecto de todo otro interés ajeno a la defensa, para ser congruente con el principio de autonomía progresiva que sostiene la figura.

Es necesario afirmar que el análisis realizado, trata de ponderar el referido principio protectorio para arribar a una decisión ceñida a los procedimientos legales o judiciales y, que sea justa y equitativa, respetuosa de los intereses y derechos de aquellos más vulnerables de la relación. Sostenemos que estos rasgos deben contemplarse, por su raigambre constitucional-convencional.

## BIBLIOGRAFÍA

Bidart Campos, German: Manual de la Constitución Reformada. Editorial Ediar, Buenos Aires, T.I., 1996.

Bidart Campos, Germán: *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

Llugdar Hugo Andrés, “De la Protección Integral de los Derechos de los Niños en la Provincia de Buenos Aires”, en “Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”, directora Silvia Eugenia Fernández”, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2015. Tomo II, pág. 1493), resultando necesario armonizar los principios de autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica establecida en el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. Ley 26.994arts. 100, 101, 102 y 103.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-39999/235975/norma.htm>

Observación General 12 (2009), Comité de los Derechos del Niño.

Reglas de Brasilia.

Ley N° 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.  
[http://www.jus.gob.ar/media/3108870/ley\\_26061\\_proteccion\\_de\\_ni\\_os.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/3108870/ley_26061_proteccion_de_ni_os.pdf)

Artículo 19 Constitución Nacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 19, Ley N° 23054. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Sancionada: marzo 1° de 1984. Promulgada: marzo 19 de 1984.

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

Observación General 20. Reemplaza a la observación general 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (Artículo 7), (44° período de sesiones, 1992.2016) párr. 18 a 23. Comité DN.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1399.pdf>

Ley 13298, Texto Actualizado con las modificaciones introducidas por Ley 13634.  
[https://www.mpba.gov.ar/files/documents/ley\\_13298-05.pdf](https://www.mpba.gov.ar/files/documents/ley_13298-05.pdf)

Ley 13634 es complementaria de la presente. Convención Sobre Los Derechos Del Niño, 20 De noviembre de 1989.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

---

# Un desafío: la efectivización de los estándares de derechos humanos de las personas mayores

Autora: **Diana Graciela Fiorini**<sup>1</sup>

---

**SUMARIO:** I. Un desafío: la efectivización de los estándares de derechos humanos de las personas mayores. - II. Un reto del siglo XXI. - III. Los derechos humanos de las personas mayores en el sistema universal. - IV. Sistema Interamericano. - V. Antecedentes y régimen actual en nuestro país. - VI. ¿Qué dice la jurisprudencia? - VII. Consideraciones Finales.

## RESUMEN

El artículo sintetiza el desarrollo del Corpus de Derechos Humanos de las Personas Mayores en el sistema universal e interamericano, con especial énfasis en la Convención Interamericana de Protección de los Derechos de las Personas Mayores, hoy con jerarquía constitucional en nuestro medio. Detalla antecedentes nacionales y analiza posibles concurrencias entre los principios convencionales y jurisprudencial nacional.

## PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos Personas Mayores. Instrumentos de derechos humanos de las personas mayores a nivel internacional, regional y nacional. Convención Interamericana de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Jurisprudencia.

---

<sup>1</sup> *\*Doctoranda: tesis sobre derechos humanos de las personas mayores. Docente Universitaria. Sub-Directora del Instituto Interdisciplinario de Derechos de NNyA y la Familia. Conjuez de la SCPBA, Asesora Académica del Consejo de la Magistratura del FRPJ*

## I. UN DESAFÍO: LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES

*La ancianidad es llevadera si se defiende a sí misma, si conserva sus derechos, si no está sometida a nadie, si hasta el último momento el anciano es respetado entre los suyos.*

Marco Tulio Cicerón

## II. UN RETO DEL SIGLO XXI

La estructura demográfica de nuestra población<sup>2</sup> hace tiempo está en transición. Al momento del censo del año 2010, la expectativa de vida era de 75,7 años, cuando en 1914 fuera de 48,5<sup>3</sup> 4, solo el 2.3% de la población tenía más de 65 años, mientras que en el Censo del año 2010, este porcentaje llegaba al 10.2 %. En síntesis, el número de personas mayores no solo ha aumentado, sino que también somos más longevos<sup>5</sup>. Esto es una tendencia mundial. Se calcula que, en el año 2020, por primera vez en la historia las personas mayores de 60 años superaron en número a los niños menores de 5 años<sup>6</sup>.

Simultáneamente, también desde el Siglo XX ha ocurrido una importante transformación a nivel jurídico: el desarrollo de los derechos humanos. Norberto Bobbio la ha caracterizado como un proceso en varias etapas: positivación, generalización, internacionalización y finalmente una mayor “especificación, consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”<sup>7</sup> acompañada con la consecuente profundización en el contenido y amplitud de los derechos involucrados .

El proceso descrito por Bobbio no es lineal en el caso del emergente corpus de derechos humanos de las personas mayores. Este se encuentra en diversos estadios, conforme se corresponda con el nivel universal, interamericano o nacional.

## III. LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL SISTEMA UNIVERSAL

Siguiendo a Bobbio, se ha vivido un proceso que pasó de la enunciación genérica de derechos universales a una mayor especificidad. Son antecedentes de los derechos emergentes de la ancianidad, en el sistema universal las resoluciones 2842 del año 1971, la 3137 (XXVIII) de 1973 que preludivió el “Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento” de 1982, y los “Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad “de 1991.

Los documentos reflejan un proceso de cambio que se acentuar en la “Proclamación sobre el Envejecimiento” resultado de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento”, (Madrid 2002). El documento impulsa la visibilización de esta población, y el reconocimiento de capacidades positivas, superando un mero

---

<sup>2</sup> Ceballos, María Beatriz, y Norma Jara. “Transformaciones demográficas en la estructura por edad de la población. Un estudio para la República Argentina por Regiones 1947-2010.” en <http://www.augm-cadr.org.ar/archivos/8va-bienal/MII.31.DOC>. 2012

<sup>3</sup> Ministerio de Salud. “Estadísticas vitales. Información básica Argentina - Año 2018”. Bs. As Dirección de Estadísticas e Información en Salud, 2019 Serie 5, Número 62.

<sup>4</sup> Instituto Nacional de Estadística y Censos “Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012”. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC, 2014. E-Book.,9

<sup>5</sup> Grushka, Carlos “Casi un siglo y medio de mortalidad en la Argentina” Revista Latinoamericana de Población ,2014, vol.8.Mes 12,.93 -118

<sup>6</sup> OMS “Decenio del Envejecimiento Saludable .2020-2030” en [www.who.int/es/initiatives/ageing/decade-of-healthy-ageing](http://www.who.int/es/initiatives/ageing/decade-of-healthy-ageing) , acceso el 1/11/2022

<sup>7</sup> Bobbio, Norberto, “El tiempo de los derechos”, Madrid: Sistema, 1991, 109

“Enfoque en necesidades”. La preocupación de las naciones se extiende a la inclusión, el desarrollo, y a la política económica. En el año 2012 la Asamblea General aprobó la resolución 67/139, titulada “Hacia un instrumento jurídico internacional amplio e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas de edad”. En el año 2013 se estableció una Experta Independiente para el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas mayores

En la actualidad continúa la discusión internacional respecto a la conveniencia de un instrumento especializado. Una posición sostiene que existen dificultades políticas y económicas para lograr la implementación de una convención internacional que logre el consenso suficiente en la ONU. Otro argumento fuerte es que los derechos ya están contemplados en otros instrumentos. Dan como ejemplo la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, respecto a la discriminación en el goce de la seguridad social en la vejez o a la prohibición de discriminación por edad de la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” y la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

La corriente que propugna una convención sostiene que las resoluciones dictadas hasta el momento no son vinculantes y que es necesario un instrumento que específicamente englobe los derechos pertinentes de forma integral, superando la dispersión actual, poniendo en paridad a esta población con otras, erigiéndose en un poderoso instrumento pedagógico a nivel doméstico, fortaleciendo derechos a nivel internacional, y clarificando conceptos.

#### IV. SISTEMA INTERAMERICANO

El sistema interamericano ha producido documentos que demuestran el interés de los países miembros respecto a la población mayor. Fundamentalmente, la “Convención Interamericana sobre la Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores” que fuera aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) el 11 de enero de 2017. Los países signatarios, que hasta ahora son seis, incluyendo el nuestro, reconocen vía el artículo 36 la competencia de la CortelDH y de la CIDH.

La CIPDHPM representa una perspectiva integral desde el Enfoque de Derechos, superador del más estricto Enfoque de Necesidades que mostrara la Declaración Americana de los Derechos del Hombre de 1948<sup>8</sup> que estableciera en el artículo XVI, que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.” Indica la ONU que el Enfoque en los Derechos propicia la titularidad de derechos humanos “de todos los grupos sociales y, de ese modo, contribuye a que aquellas y aquellos que en el pasado fueron excluidos, en el presente sean tratados sobre la base de la igualdad y el respeto de la dignidad humana”<sup>9</sup>.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en vigor a partir de 1978, no alude específicamente a la vejez ni a las personas mayores. Esto lo harán otros documentos regionales, como la “Carta de San José sobre los Derechos de las Personas mayores en América Latina y el Caribe”<sup>10</sup>, de 2012 que dispone en su sexto párrafo reforzar: “las acciones dirigidas a incrementar la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional”. En el mismo sentido, la Cuarta Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento y Derechos de las Personas Mayores de 2017 exhortó a los Gobiernos expresar su adhesión a la Convención, y a promover, proteger y respetar los derechos humanos, la dignidad y las libertades fundamentales de todas las personas mayores.

<sup>8</sup> OEA (1948) “Declaración Americana de los Derechos del Hombre “. Bogotá. Colombia. Novena Conferencia Internacional Americana. 1948.

<sup>9</sup> ONU “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad”, Observación general N° 6 (E/C.12/1995/16/Rev.1), Ginebra. 1995. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

<sup>10</sup> CEPAL “Carta de San José sobre los Derechos de las Personas mayores en América Latina y el Caribe”. Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento y Derechos de las Personas Mayores. Mayo 2012. San José de Costa Rica.

La CIPDHPM establece que los Estados miembros, conforme su artículo 4 “se comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados en la presente Convención, sin discriminación de ningún tipo”. Señala Huenchaun<sup>11</sup> que ésta CIPDHPM contiene tres categorías de derechos: los ya vigentes; los que ya existían, pero fueron extendidos más profundamente como el derecho de acceso a la Justicia (artículo 31) y los emergentes. Entre los innovadores se encuentran la autonomía generalmente entendida como la capacidad de elegir y controlar decisiones tanto en una dimensión pública como en la personal y la independencia, más ligada al vivir sin asistencia, o al menos de una forma tal que no someta a su persona al arbitrio de otra. Su artículo 2 establece como mayores, a quienes estén entre los 60 o 65 años, conforme el régimen local. La CIPDHPM reconoce entre sus principios el “Enfoque de Curso de vida”. Conforme Blanco<sup>12</sup>, importa una mirada intercausal, que integra los eventos históricos, las circunstancias económicas, demográficas, sociales y culturales, que plasman tanto las vidas individuales, así como como la de los agregados poblacionales –cohortes o generaciones. Es que la persona mayor no constituye un sujeto histórico -social hegemónico. No hay una vejez, sino múltiples vejezes. La CIDHPM recoge el concepto de “Enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos”, considerando que pueda haber individuos expuestos a mayores vulnerabilidades, por la especial pertenencia a un colectivo o sufrir discriminaciones múltiples en razón de “...sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”<sup>13</sup>.

En 2002 los organismos internacionales acuñaron el concepto “envejecimiento activo”, integrando la participación de las personas mayores en la esfera social, cultural, espiritual y cívica<sup>14</sup>. La noción es retomada en la CIPDHPM, que propone un modelo de “Envejecimiento activo y saludable”, superador de la perspectiva médico -asistencial. El modelo propone la optimización de la salud y el bienestar reconociendo el derecho de participación intergeneracional en todas las esferas de los mayores.

Integran también el Corpus el” Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” que en su artículo 17<sup>15</sup> “Protección de los Ancianos”, dispone que: “Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados parte se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar de llevar este derecho a la práctica”. Es que también son también aplicables a miembros de este colectivo, en materia de DESCs los principios de progresividad, y no regresividad, extensibles a los “casos de la conducta de particulares”<sup>16</sup> cuando el órgano estatal no hubiera obrado con la debida diligencia para prevenir o asegurar en caso de violación de derechos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuyo objeto es “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo” creó en el año 2017 la Relatoría Temática sobre los Derechos de las Personas Mayores .

En otro tenor, las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, avaladas por miembros de la magistratura, ministerio público, y organismos de la abogacía iberoamericana, han creado recomendaciones para facilitar el acceso a la justicia. Incluyen al envejecimiento

<sup>11</sup> Huenchaun S.(ed.), “Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos”, Libros de la CEPAL, N° 154 (LC/PUB.2018/24-P), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2018.

<sup>12</sup> Blanco, Mercedes “El enfoque de curso de vida; orígenes y desarrollo” *Revista Latinoamericana de Población* 5, n°8 (2011) pág. 5 <https://www.redalyc.org/articulo.oa?>

<sup>13</sup> *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (2008) Cap. I, Sección II (1) (2008)*

<sup>14</sup> *HelpAge International España (2021) “El derecho de las personas mayores a la salud y a la calidad de vida”, pág.10 disponible en [www.helpage.es](http://www.helpage.es)*

<sup>15</sup> OEA “Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”1998. Protocolo de San Salvador,

<sup>16</sup> CortelDH “Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras”, (Ser. C) No. 4, 29 Julio 1988, Párr. 165/6/7 y 174 disponible <https://www.refworld.org/es/docid/57f76e4125.html>, acceso 20/11/2022.

como causa de vulnerabilidad, cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia, con pleno respeto a su dignidad”.<sup>17</sup>

## V. ANTECEDENTES Y RÉGIMEN ACTUAL EN NUESTRO PAÍS.

Los países latinoamericanos han también adoptado normas a nivel doméstico. Las reformas constitucionales ecuatorianas del año 2008, bolivianas del año 2009, o dominicanas, del año 2010, todas contienen cláusulas específicamente dedicadas a las personas mayores.

También nuestro país ha tenido un proceso en la especificación de los derechos de este grupo etario. Como ejemplo: la ley 23.592, del año 1988 no consideró específicamente a la edad como motivo de discriminación.

Si bien la Constitución Nacional original no hizo referencia a los derechos de la vejez, la reforma de 1860 incluyó la cláusula del artículo 33, de derechos no enumerados, o implícitos, conforme los denominara Joaquín V. González<sup>18</sup>. La Constitución de 1949, posteriormente derogada, contenía el “Decálogo de los Derechos de la vejez”<sup>19</sup>. En 1957, se incluyeron, a través del artículo 14 bis derechos previsionales. La reforma de 1994 dio jerarquía constitucional a pactos de derechos humanos, e introdujo las acciones afirmativas para grupos desventajados, incluyendo a los ancianos, como mecanismo reparador de desigualdades. Se ha agregado a estas normas la CIPDHPM. El 23 de octubre de 2017, la República Argentina depositó el instrumento de ratificación e ingreso la Convención al sistema interno por Ley Nacional 27.360/17.

En el momento, nuestro país realizó dos declaraciones interpretativas :una respecto a las obligaciones contraídas respecto al acceso a la justicia, en el artículo 31, ( párrafos 4° y 5°): “deben entenderse como obligaciones de medios, enderezadas a las adopción de medidas, atendiendo a un criterio de progresividad y a los condicionamientos políticos propios del diseño de competencias constitucionales“ y con respecto al 23 estableciendo que no estará sujeto a revisión de un tribunal internacional cuestiones de política económica, ni se podrá revisar aquellas lo que la justicia nacional determine como causas de “ ‘utilidad pública’ o ‘interés social’ , lo que éstos entiendan por ‘indemnización justa’ ”.

La CIPDHPM adquirió jerarquía constitucional por ley 27.770/22.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 36, obliga a la Provincia a promover la eliminación de obstáculos que impidan el ejercicio de derechos y garantías constitucionales, reconociendo, entre los derechos sociales, a que las personas de la tercera edad derechos a la protección por parte de su familia, y que la Provincia “promoverá políticas asistenciales, y de revalorización de su rol activo”.

## VI. ¿QUÉ DICE LA JURISPRUDENCIA?

La doctrina judicial ha elaborado criterios respecto a los derechos humanos de las personas mayores. Se ejemplifican algunos, sin ser una nómina taxativa o excluyente:

### 1) El envejecimiento no equivale a incapacidad.

La CIDHPM define al envejecimiento como “Proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio”. Jurídicamente,

<sup>17</sup> *Cumbre Judicial Asamblea Plenaria XIX “Cien Reglas de Brasilia actualizadas versión abril 2018” Beneficiarios de las Reglas. Capítulo I: Preliminar, Sección 2ª (6). San Francisco de Quito. Abril 2018.*

<sup>18</sup> *Cfr. Joaquín V. González “Manual de la Constitución Argentina” Bs. As:1951, Estrada, pág.111*

<sup>19</sup> *Constitución de la Nación Argentina de 1949 disponible en Biblioteca Digital, acceso el 30/11/2022 <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1571>.*

la vejez no es sinónimo de incapacidad ya que “las dolencias y afecciones propias de la edad avanzada no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil, en tanto, de ser así, la ley habría contemplado límites de edad máxima para la capacidad<sup>20</sup>”. No obstante, el envejecimiento “puede ser causa de vulnerabilidad en la persona mayor, cuando encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales y/o barreras producto del entorno económico y social, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia, con pleno respeto a su dignidad.”<sup>21</sup> En esos casos, la discusión que corresponde no es sobre la división binaria capacidad/incapacidad, sino identificar el apoyo que permita poder ejercer esa capacidad jurídica<sup>22</sup>. Es por esto que la legislación civil ha reemplazado el “modelo de sustitución en la toma de decisiones” por el “modelo de apoyo en la toma de decisiones”.

## **2) La avanzada edad es importante en la consideración de los plazos para una tutela efectiva de derechos.**

La CIDHPM impone en su artículo 31 el compromiso de los estados para “garantizar la debida diligencia y el tratamiento preferencial a la persona mayor para la tramitación, resolución y ejecución de las decisiones en procesos administrativos y judiciales...” “la actuación judicial deberá ser particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor” .Nuestra jurisprudencia ha considerado la edad cronológica como factor de riesgo merecedor de tutela especial. Lo ha interpretado, como ejemplo, la CSJN en un caso donde el actor era nonagenario, al decir “Se trata de evitar imponer a las personas ancianas cargas procesales desproporcionadas y desajustadas al estado actual del proceso. Una ponderación adecuada de la incidencia del tiempo en estos litigios exige por mandato constitucional compatibilizarlos con la propia vida de los justiciables, quienes, de quedar sujetos a nuevas esperas, conforme el desenvolvimiento natural de los hechos, verían frustrada la sustancia de sus derechos”<sup>23</sup>.

En un fallo de 2014, nuestra justicia provincial entendió que “se considera como población mayor al grupo de personas de más de 60 años y vulnerable desde que los individuos alcanzan los 75 años, en la medida en que encuentran disminuidas su salud, sus posibilidades de acceso a las actividades económicas y sociales, y desde los 80 años se los califica como población de mayor grado de vulnerabilidad”<sup>24</sup>. El argumento es tomado como fundamento en una resolución de un juzgado departamental, en un caso de violencia familiar, donde la víctima tenía 85 años<sup>25</sup>. El fallo imparte “que resulta necesario legitimar y valorizarlas diversas etapas vitales desde un modelo de sociedad que permita sostener la calidad de vida y el desarrollo permanente del ser humano”.

## **3) Derecho a la dignidad en la vejez**

La CSJN<sup>26</sup> resolvió a favor de una Acción de Amparo donde la actora solicitaba inclusión en una obra social, denegada por el Superior Tribunal de Entre Ríos, porque ya tenía otra cobertura de salud y no había problemas de salud inminentes. La Corte, consideró que el Amparo es pertinente especialmente en el caso de personas mayores, ya que tienen especial protección en el derecho a la vida, a vivir con dignidad en la vejez, a la salud, y a la protección judicial efectiva. Para esto realizó una interpretación de la exigibilidad de una resolución judicial expedita, vinculando la manda de la CIPDHPM con la protección judicial que exige el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica.

<sup>20</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial. Azul. Expte.64971 “S. I. R. S/ inhabilitación” 21/04/2020.

<sup>21</sup> Cumbre Judicial Iberoamericana (2018) “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de personas de las Personas en condiciones de vulnerabilidad”. Capítulo I. Sección 2. (6).

<sup>22</sup> Lorenzetti, Ricardo Director, en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, comentario al artículo 31 del CCCN”, Tomo I, EdRubinzal-Culzoni, 2014, pág. 139.

<sup>23</sup> CSJN (2021) “Garay Corina Elena c/Anses s/Reajustes Varios” sentencia 771272021 CSS 60858/2009.

<sup>24</sup> SCJBA “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros c/Segovia, Robustiano y otros s/Reivindicación”, c.107207, 3/4/2014, en [www.scjba.gob.ar](http://www.scjba.gob.ar).

<sup>25</sup> Juzgado de Familia N° 1 de Tigre “N. V. Del C. C./ L. D. E. S/ Protección Contra la Violencia Familiar (ley 12569)” Juzgado de Familia N° 1 de Tigre Expte N°: TG-8470-2017 publicado en *El Dial elDial* AAA48C 21/12/2017.

<sup>26</sup> CSJN G. P., E. N. c/ IOSPER s/ acción de amparo. 1836/2018/CS1 disponible en *Diario Judicial.com*. nota 22/10/22

#### 4) Principio de no discriminación

Estereotipos y prejuicios, algunas veces muy sutiles se reflejan en conductas viejistas. Un ejemplo: Vejeje, senil, carcamán, pasivo, abuelo/a (sin tener el correspondiente vínculo). La Corte IDH adoptó en el caso “Poblete”<sup>27</sup> el término convencional “persona mayor”, para referirse a los miembros de este colectivo. Esto es importante, porque, tal como dijo Carlos Nino “la carga emotiva de las expresiones lingüísticas perjudica su significado cognoscitivo, favoreciendo su vaguedad, puesto que, si una palabra funciona como una condecoración o como un estigma, la gente va manipulando arbitrariamente su significado para aplicarlo a los fenómenos que acepta o repudia”<sup>28</sup>.

La Corte IDH ha dicho, respecto a los tratos discriminatorios prohibidos que el artículo 1.1 de la Convención Americana no es “un listado taxativo o limitativo, sino meramente enunciativo” por lo que la prohibición de discriminación por edad se encuentra tutelada el entenderse como “otra condición social”<sup>29</sup>.

Conforme la misma Corte IDH, para decidir si una diferencia de trato es ilegítima corresponde analizar su razonabilidad<sup>30</sup>, esto es, si la distinción persigue fines legítimos y si esa distinción es un medio adecuado para alcanzar esos fines pero cuando, tal como también ha aseverado nuestra Corte, las diferencias de trato están basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez.

En un amparo presentado contra la Ciudad de Buenos Aires por la Resolución N° 16/MJGGC/2020 que exigía, en la época del aislamiento, que todo adulto mayor de 70 debía comunicarse con el servicio de atención ciudadana en caso de desplazamiento, incluso los mínimos necesarios en la vida cotidiana el juzgado actuante resolvió<sup>31</sup> que esto implicaba una “...una exigencia más gravosa para ese colectivo de personas, que para el resto de la población”...por lo que debía examinarse al amparo de la doctrina de la clasificación sospechosa, entendiendo que en ésta se incluía distinciones “...establecidas a partir de determinados factores, las que pueden responder a prejuicios o estereotipos que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho a categorías enteras de personas...”, y que la Resolución imponía una discriminación en razón de la edad que vulneraba los derechos y las garantías del grupo etario.

También entender que la vejez es sinónimo de discapacidad es una forma de viejismo, aun cuando pueda haber “declinaciones físicas y psíquicas propias de una vejez no patológica”<sup>32</sup>. De no ser así “la ley habría contemplado límites de edad máxima para la capacidad”. Tal como se señalara jurisprudencialmente<sup>33</sup> “La senectud representa un estado biológico normal inherente al proceso mismo de la vida, en el que esa normalidad se traduce en declinaciones y cambios, tantos psíquicos como físicos, de carácter cuantitativo y armónico que, por ser propios de dicho estado, no pueden ser juzgados como síntomas patológicos. La senilidad, en cambio, representa la expresión patológica de la ancianidad...”.

Es que este universo poblacional es heterogéneo, y corresponde reconocer las diferencias. En un co-

<sup>27</sup> Corte IDH Caso “Poblete Vilches y Otros Vs. Chile”, Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Ex- cepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), considerando 111.

<sup>28</sup> Nino, C. S. “Introducción al análisis del derecho.” Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980,279.

<sup>29</sup> Corte IDH (2018) “Poblete Vilches y otros Vs. Chile” Sentencia de 8 de marzo de 2018. C N° 34949, considerando 122.

<sup>30</sup> Corte IDH (2003) “Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y de derechos de los migrantes indocumentados”, considerando 89

<sup>31</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20. Considerando XI

<sup>32</sup> Buenos Aires. Cámara de Apelaciones en los Civil, Comercial y de Garantías de Pergamino (2014) “E. Z. E. s/ inhabilitación” 7-ago-2014 Cita : MJ-JU-M-89071-AR | MJJ89071 |

<sup>33</sup> Juzg. Nac. Civ. N° 84, “R., J. C. s/determinación de la Capacidad”, 27/05/2022 en <https://www.errei.us.com/opinion/14/civil-persona-y-patrimonio/Nota/759/rechazan-restringir-la-capacidad-de-un-adulto-mayor-pese-al-pedido-de-dos-de-sus-hijas-los-motivos>

nocido fallo donde se discernía la retención del impuesto de ganancias a jubilados, la CSJN manifestó<sup>34</sup> que la garantía de igualdad es aplicable a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias. La sola capacidad contributiva es insuficiente “si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido”, poniendo en conocimiento de la Legislatura la necesidad de “adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad”.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

La transformación demográfica nos desafía, de la misma forma que lo hace la tensión entre el modelo exclusivamente medicalista-asistencialista, con el más actual modelo integrativo de derechos. Señala la CIPDHPM que la vejez es una construcción social de la última etapa del curso de vida. Como tal, es una categoría cultural e histórica<sup>35</sup> sujeta a cambios en su perspectiva. En el nivel jurídico el reconocimiento de las personas mayores como un colectivo titular de derechos humanos diferenciados está en desarrollo. A nivel internacional, la ONU no termina de consensuar un pacto universal de derechos humanos. A nivel regional, la CIPDHPM tiene un lento proceso de adhesiones. En nuestro país, es auspiciosa la ley 27.700/22, que le otorga jerarquía constitucional pero no es suficiente, sino se la aplica.

El control de convencionalidad impone la armonía entre la norma interna y la convencional. La CorteIDH ha señalado<sup>36</sup> que es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”.

En esto parece importante la labor de los abogados. Entre los Considerandos de los “Principios Básicos sobre la función de los Abogados” se encuentra el reconocimiento que la protección de los derechos humanos y libertades, “ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente”.<sup>37</sup>

La sentencia del Juez Marshall en el fallo “Marbury Vs. Madison”<sup>38</sup> ha sido un precedente importante en el ejercicio del control de constitucionalidad. García Mansilla<sup>39</sup> ha podido reconstruir la influencia que tuvieron presentaciones previas de abogados en varios de los nacientes estados. Fueron esos defensores lo que dieron los fundamentos para el caso donde se dirimió la supremacía constitucional. El compromiso de nuestra profesión continúa siendo el mismo<sup>40</sup>. La construcción de un corpus sólido de derechos humanos de las personas mayores todavía está en desarrollo y tenemos un rol en el ejercicio profesional para el acortamiento de las brechas entre la realidad y los estándares de la CIPDHPM. Es que nos corresponde el “impulso de convencionalidad,” sobre todo en aquellos casos donde haya presunción de discriminación negativa, ya

<sup>34</sup> CSJN “García María Isabel c/Afip s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” FPA 007789/2015/CS001 26/03/2019 Fallos: 342:411. Considerando 23

<sup>35</sup> Cfr. CIPDHPM, artículo 2

<sup>36</sup> CorteIDH. “Caso Petro Urrego Vs. Colombia”. Excepciones Preliminares, Sentencia 8/07/2020 Serie C No. 406. párr. 93.

<sup>37</sup> ONU. “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados” Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba)27/08/90, aprobado por la Asamblea General por Resolución 45/121 del 14 /12/90 .

<sup>38</sup> Suprema Corte de los Estados “Marbury v. Madison”, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

<sup>39</sup> García Mansilla M. “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, Vol. 3, N° 2. 2022 revista Jurídica Austral, 3(2). Págs. 473-530 Recuperado <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/965>

<sup>40</sup> Provincia de Buenos Aires. Ley 5177 “Ejercicio Profesional”. artículos-8. 19(9)

que “las cuestiones de libertad e igualdad no pertenecen a un solo ámbito, y la forma en que los obstáculos son solucionados no son una cuestión especial, sino básica para todos los ámbitos del derecho”<sup>41</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Blanco, Mercedes “El enfoque de curso de vida; orígenes y desarrollo “Revista Latinoamericana de Población 5, n°8
- Bobbio, Norberto, “El tiempo de los derechos”, Madrid: Sistema, 1991.
- Cámara de Apelaciones Civil y Comercial. Azul. Expte.64971 “S. I. R. S/ Inhabilitación”
- Cámara de Apelaciones en los Civil, Comercial y de Garantías de Pergamino “E. Z. E. s/ inhabilitación”
- Cumbre Judicial Iberoamericana “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de personas de las Personas en condiciones de vulnerabilidad”.
- CSJN “Garay Corina Elena c/Anses s/Reajustes Varios” sentencia 771272021 CSS 60858/2009.
- CSJN “García María Isabel c/Afip s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” FPA 007789/2015/CS001 26/03/2019 Fallos: 342:411.
- Ceballos, María Beatriz, y Norma Jara . “Transformaciones demográficas en la estructura por edad de la población. Un estudio para la República Argentina por Regiones 1947-2010”,2012.
- CEPAL “Carta de San José sobre los Derechos de las Personas mayores en América Latina y el Caribe”. Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento y Derechos de las Personas Mayores. Mayo 2012. San José de Costa Rica.
- Cicerón, Marco Tulio “Sobre la vejez” Andalucía. España: Arteprint ,2005.
- CortelDH “Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras”.
- CortelDH “Caso Poblete Vilches y Otros Vs. Chile”.
- CortelDH. “Caso *Petro Urrego* Vs. Colombia”.
- CortelDH (2003) “Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y de derechos de los migrantes indocumentados “.
- CSJN G. P., E. N. c/ IOSPER s/ acción de amparo. 1836/2018
- Cumbre Judicial Asamblea Plenaria XIX “Cien Reglas de Brasilia actualizadas versión abril 2018” Beneficiarios de las Reglas. Capítulo I: Preliminar, Sección 2ª (6). San Francisco de Quito. Abril 2018.
- García Mansilla Revista Jurídica Austral. “El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos”, Vol. 3, N° 2. 2022 revista Jurídica Austral, 3(2).
- González Joaquín V. “Manual de la Constitución Argentina” Bs. As:1951, Estrada
- Grushka, Carlos “Casi un siglo y medio de mortalidad en la Argentina” Revista Latinoamericana de Población ,2014, vol.8, Mes 12,.93 -118 Huenchuan S.(ed.), Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos, Libros de la CEPAL, N° 154 (LC/PUB.2018/24-P).
- HelpAge International España “El derecho de las personas mayores a la salud y a la calidad de vida”
- Instituto Nacional de Estadística y Censos “Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012”. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Nacional de Estadística y Censos - INDEC, 2014. E-Book.

---

<sup>41</sup> Alexy Robert “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994 págs. 148 y 505

- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 14, “Lanzieri, Silvano c/ GCBA s/ Amparo - otros”, sentencia del 20/4/20. Juzg. Nac. Civ. N° 84, “R., J. C. s/Determinacion de la Capacidad”, 27/05/
- Juzgado de Familia N° 1 de Tigre “N. V. Del C. C./ L. D. E. S/ Protección Contra la Violencia Familiar (ley 12569)” Juzgado de Familia N° 1 de Tigre Expte N°: TG-8470-2017
- Lorenzetti, Ricardo director en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, comentario al artículo 31 del CCCN”, Tomo I, EdRubinzal-Culzoni,
- Ministerio de Salud. “Estadísticas vitales. Información básica Argentina - Año 2018”. Bs. As Dirección de Estadísticas e Información en Salud, 2019 Serie 5, Número 62.
- Nino, C. S.” Introducción al análisis del derecho.” Buenos Aires: Editorial Astrea, 1980
- OEA “Declaración Americana de los Derechos del Hombre “.
- OEA “Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”1998. Protocolo de San Salvador,
- OMS “Decenio del Envejecimiento Saludable .2020-2030”.
- ONU “Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad”, Observación general N° 6 (E/C.12/1995/16/Rev.1), Ginebra. 1995. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- ONU. “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados” Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana
- Provincia de Buenos Aires. Ley 5177 “*Ejercicio Profesional*”. artículos-8. 19(9)
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad (2008) Cap. I, Sección II (1) (2008)
- SCJBA “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros c/Segovia, Robustiano y otros s/Reivindicación”, c.107207, 3/4/2014, en [www.scjba.gob.ar](http://www.scjba.gob.ar).
- Suprema Corte de los Estados Unidos “Marbury v. Madison”, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

---

# Plazo razonable y debido proceso. Apuntes sobre el caso “Furlan” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Autora: **Laura Elizabeth Mato\***

---

**SUMARIO:** I. Introducción. - I. 2. El plazo razonable. - I. 3. La respuesta ajustada de la jurisdicción no penal. Aportes. - I. 4. Necesidad de reformular el esquema procesal frente a la víctima. - I. 5. Conclusiones.

## RESUMEN

El artículo analiza el precedente “Furlan y Familiares Vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos destacando las directrices del “debido proceso” y “plazo razonable” en los trámites no penales.

## PALABRAS CLAVE

Corte Interamericana de derechos Humanos - Plazo razonable – Debido proceso – Materia no penal – Derecho procesal civil.

## 1.- INTRODUCCIÓN

Nos proponemos describir el denominado “plazo razonable” a partir de un precedente en materia de daños y perjuicios. Veremos que el fallo sienta el estándar del debido proceso, debiendo adecuarse a las particularidades del sujeto vulnerable.

---

\* Abogada (UNLZ). Doctora en Derecho y Ciencias Jurídicas (UNLaM). Profesora Adjunta de Derecho Civil II (UNLaM) y Derecho Empresario II (UNLaM). Secretaria Técnica de FUNDEJUS. Delegada Suplente (AMJA. Bs. As). Juez de Primera instancia en el fuero Civil y Comercial (Bs. As.). Ex Directora del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial (CALM). Ha participado como ponente en diversos Congresos de Derecho Procesal Civil y Derecho Civil. Ha escrito, coordinado y publicado diversos artículos sobre Sistemas Comparados. Derecho Civil y Derecho Procesal Civil. [lauraemato@yahoo.com.ar](mailto:lauraemato@yahoo.com.ar)

### “Furlan y Familiares Vs. Argentina”<sup>2</sup>

El caso determina que el proceso civil no eficaz es fuente de responsabilidad del Estado. Con este análisis no haremos más que exaltar el valor que ha adquirido el sistema interamericano con los precedentes de la Comisión y la propia Corte IDH; y reflejar la influencia que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en el proceso civil, sometido a aquel control supranacional e incorporado como derecho positivo interno argentino (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), ello sumado a las actuales directivas de los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 1 del Código Civil y Comercial (CCyC) admite la pluralidad de fuentes, concreta la denominada constitucionalización del Derecho Privado y su interpretación se rige por el artículo 2, siendo lo que aquí interesa destacar, el deber de los jueces de interpretar el caso ponderando “las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos”.

Si bien el caso “Furlan” es anterior a la vigencia del CCyC, claro está que este precedente integra el bloque jurisprudencial del artículo 2 del CCyC.

## 1.1. LOS DERECHOS VULNERADOS

En el presente caso se recurrió a la Corte IDH a partir de la falta de eficacia que demostró el sistema judicial del Estado argentino en atender la indemnización reclamada por Sebastián Furlan -representado por su padre, ya que era menor de edad- quien sufrió daños físicos irreversibles que le generaron incapacidad definitiva.

En efecto, se determinó la responsabilidad estatal derivada de la falta de respuesta oportuna por parte de los tribunales judiciales del país respecto de un proceso de daños y perjuicios de cuya resolución dependía un tratamiento a favor de un niño, luego ya adulto con discapacidad.<sup>3</sup>

## 1.2. EL PLAZO RAZONABLE

Previamente a adentrarnos en el análisis de los recaudos que hacen a la razonabilidad del plazo, entendemos de importancia señalar algunas consideraciones procesales que rodearon el caso.

Que la sana crítica y el uso de facultades instructorias de la Corte se destacan al disponer “prueba para mejor resolver” como norte rector en base a los elementos fácticos y medios de prueba aportados; la valoración de los documentos electrónicos, la prueba pericial producida y agregada y, la recibida en la audiencia pública; testimonial también aportada como documental y la receptada en la audiencia pública.<sup>4</sup>

En ese camino, en el caso “Furlan y Familiares Vs. Argentina” una de las excepciones preliminares opuestas por el Estado argentino fue la falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, en re-

---

<sup>2</sup> Corte IDH, Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Ficha técnica disponible en el sitio oficial de la Corte IDH. [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=210&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=210&lang=es), último acceso 24/11/2022.

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, FURLAN Y FAMILIARES VS. ARGENTINA, Sentencia del 31-08-2012; Conf. resumen oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr), último acceso 24/11/2022.

<sup>4</sup> Las audiencias fueron desarrolladas en dos jornadas. Fueron videograbadas y se encuentran disponibles en línea y en tres Partes: <https://vimeopro.com/corteidh/caso-furlan-y-familiares-vs-argentina/video/37550201> (Último acceso 23/11/2022) <https://vimeo.com/37550201> <https://vimeo.com/37618085> y <https://vimeo.com/37550105> (Último acceso 23/11/2022)

Ver Consd. B de la sentencia “Admisión de la prueba”, párr. 64 y sgtes.

ferencia a la modalidad del pago de la indemnización, debiendo haber interpuesto el actor aquel recurso federal o su queja en caso de denegatoria.

Al respecto, la Corte IDH consideró que el artículo 46 1.a de la Convención Americana da solución al planteo con la interpretación que viene haciendo del mismo hace más de 20 años y con la jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, citando al caso “Deweere Vs. Bélgica”, concluyendo que la función del recurso “...no era idónea para proteger la situación jurídica infringida...”.<sup>5</sup>

Que sobre la vía recursiva pendiente nuestra Corte Federal, en un caso de tutela anticipada donde se encontraba en pugna el derecho a la salud, sentó que:

“...Una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere, y en ese marco de actuación las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas, durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable pero ineficaz por tardía...”.

También recordó la necesidad de que los jueces asuman su responsabilidad de fallar los casos conforme a las particulares circunstancias de cada uno de ellos.<sup>6</sup>

Sentado todo ello, ingresando a la cuestión del plazo razonable, la Corte IDH determinó que cuatro son los presupuestos que ameritan verificar el mismo; 1) complejidad del caso, 2) actividad procesal del interesado, 3) conducta de las autoridades judiciales y, 4) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada.

Para adentrarse al análisis del “plazo razonable” la Corte efectuó una determinación de marco temporal que debía aplicarse al caso, ello conforme las distintas posturas de las partes. La Comisión había sostenido que el proceso de daños y perjuicios duró diez años hasta la sentencia definitiva y luego dos años más hasta la percepción de una indemnización, en bonos del Estado. Y este último trámite de percepción demoró un año y nueve meses más. El Estado nada argumentó al respecto.

Además de verificar los términos alegados por la Comisión y, de acuerdo a sus precedentes, consideró que la etapa de ejecución de la sentencia es un periodo que tiene “vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos...”. Lo analiza bajo la órbita del artículo 25 de la Convención y como parte integrante del “plazo razonable” y de la finalidad del proceso, que es obtener una indemnización. Bajo esos argumentos, tomó como línea temporal del caso dos ítems; fecha de inicio y percepción de la indemnización, verificando un total de doce años y tres meses.

De allí, cabe señalar que se verifica que el proceso no culmina con el dictado de una sentencia que resuelve el asunto o caso, sino que su cumplimiento o eventual ejecutoriedad debe cumplir los con estándares o pilares a los que hacíamos mención, esto es plazo razonable y respuesta ajustada a la situación particular. Y agregamos que tiene una interrelación con la llamada eficacia de la sentencia.

Que, delimitado el marco temporal por la Corte, seguidamente se analizaron los recaudos a los que hacíamos referencia.

Respecto de la complejidad del caso: se concluyó que no lo presentaba a partir del objeto de la pretensión, partes intervinientes, debate jurídico sustancial o pruebas necesarias. Ello resulta lógica la conclusión a partir de verificar que en el caso se derivará la responsabilidad civil objetiva por el riesgo.

En cuanto a la actividad procesal del interesado, se entendió que - conforme las circunstancias que

<sup>5</sup> Ver. Párr. 16 y 27 del Consd. A “Excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna” de la sentencia en comentario.

<sup>6</sup> CJSN Fallos 334.1691. En autos “Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.P.”, dictada en el año 2011.

rodearon el caso-, era central determinar esa diligencia respecto a dos cuestiones. La primera, referida a la determinación del legitimado pasivo y, la segunda, el impulso procesal en las etapas posteriores a la traba de la litis.

Advertimos que la determinación del demandado estaba íntimamente relacionada con la responsabilidad del Estado, en tanto el infortunio se produjo en un predio perteneciente al Ejército. Bajo las premisas del artículo 330 del Código procedimental, se concluyó que el emplazado civil estaba debidamente individualizado, por lo que no existían constancias que justificaran una dilación en el traslado de la demanda por el término de casi cuatro años y destacó que el juez debía evitar la paralización del proceso mediante el uso de sus facultades ordenatorias e instructorias, con cita del artículo 36 del ritual.

Con relación al impulso procedimental, regido en nuestro sistema procesal civil, por el principio dispositivo, la Corte verificó que fue adecuado en relación a la víctima. Empero, respecto de la conducta de las autoridades judiciales, sentenció la falta de diligencia de la potestad jurisdiccional en relación a los plazos dispuestos en la ley ritual. Asimismo, ponderó la actuación de otros organismos estatales no jurisdiccionales, El Estado Mayor General del Ejército, Registro de la Propiedad, Dirección de Catastro y organismos de Salud<sup>7</sup>, concluyendo que tuvieron una actuación no eficiente.

En cuanto al último recaudo, relacionado con la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada, la Corte reitera su criterio sustentado en diversos precedentes que, a su vez, tienen su sustento en los del Tribunal Europeo.

El criterio – sin que sea único- huelga en el caso, en la materia objeto de la controversia y su conexión con el plazo razonable. La situación particular de la víctima es apreciada bajo la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y se concluye – mediante la apreciación de la prueba pericial la afección de su salud psicofísica por el plazo de duración de la litis.

Señaló que "...incidió de manera relevante y cierta en la situación jurídica de la presunta víctima y su efecto tiene, hasta el día de hoy, un carácter irreversible, por cuanto al retrasarse la indemnización que necesitaba, tampoco pudo recibir los tratamientos que hubiera podido brindarle una mejor calidad de vida".<sup>8</sup>

La Corte estimó que existía falta de diligencia de las autoridades judiciales en el proceso civil de daños y perjuicios y del cobro de la indemnización, excediendo el plazo razonable y vulnerando las garantías judiciales de los arts. 8.1 en relación con los arts. 19 y 1.1 de la Convención Americana y en detrimento de la víctima y su grupo familiar.

En efecto, de los medios probatorios, se concluyó el incumplimiento de la debida diligencia y deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad de Sebastián Furlan.

Como corolario, queremos destacar que las debidas garantías no se limitan al artículo 8 de la Convención y no son taxativas, debiendo interpretarse las mismas de conformidad a cada caso en concreto. En ese sentido se ha expresado la Corte IDH en el precedente Blake.<sup>9</sup>

"Este Tribunal considera que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno".

---

<sup>7</sup> Se hizo especial referencia en la demora acreditada en realizarse una resonancia magnética a la víctima que tardó 1 año y 7 meses. En ese sentido la Corte IDH citó un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "Martins Moreira Vs. Portugal", (no. 11371/85), Sentencia de 26/10/1988.

<sup>8</sup> Párr. 203 de la sentencia en comentario.

<sup>9</sup> Caso "Blake Vs. Guatemala", sentencia del 1 de octubre de 1999. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/blake.pdf>, último acceso 24/11/2022.

Y reiteramos que conforme la jurisprudencia de nuestra Corte Federal, si bien la garantía de un *plazo razonable* adquiere preeminencia en materia penal, ha sostenido que aquella es de aplicación a todos los procesos<sup>10</sup>.

### 1.3. LA RESPUESTA AJUSTADA DE LA JURISDICCIÓN NO PENAL. APORTES.

Entendemos que, a partir del precedente en análisis, el plazo razonable y la respuesta ajustada a la naturaleza de la petición se muestran como pilares necesarios en este tipo de casos, ya que la Corte IDH concluyó que el plazo fue excesivo y la respuesta (indemnización) insuficiente, entre otros trascendentes aspectos.

Es decir que estos cimientos, plazo razonable y respuesta ajustada, serán fundamentales para no incurrir en conducta violatoria de la norma convencional.

Al hablar de “casos” nos referimos no sólo a los menores con discapacidad, sino también a todos aquellos *vulnerables* que poseen protección legal local y convencional en nuestro país. Entendemos que se trata de un concepto muy dinámico y de disímiles características.

El maestro Morello hablaba de un tiempo especial “No sólo para tutelar diferencias del modelo de la justicia de protección o acompañamiento (mujeres, cuestiones previsionales, personas vulnerables, “que no pueden esperar”, etc.), sino en general si se ve al juez como director atento y activo del proceso, custodio y escudero...en impedir el tiempo muerto del proceso y los juegos y tardanzas circulares del avance, parálisis y retroceso de los que sólo puede ser una actividad procesal positiva y útil”.<sup>11</sup>

En este concepto de vulnerabilidad amplio, cabe incluir a las víctimas de ilícitos civiles que han transitado por el sistema penal. En ese sentido hacemos especial referencia a la ley 23.372 Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos.

No es ocioso recordar que nuestra Corte Federal ha dicho que la interpretación que la Corte IDH hace sobre el articulado de la Convención es obligatoria para la judicatura.<sup>12</sup>

En ese sentido la doctrina también sostiene que los jueces deben tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que ha hecho la Corte IDH<sup>13</sup>.

De ello, no acatar esa interpretación compromete la responsabilidad del Estado.

En este aspecto en específico – de ejecutoriedad y cumplimiento de la decisión judicial - consideramos que es donde más se deben desplegar una flexibilización de las técnicas instrumentales en los casos no complejos. Y si bien son diversas y obscuras las cuestiones que plantea el régimen recursivo ordinario, nada impide el dictado de medidas cautelares en dicha etapa, a más de otras herramientas.

Cabe destacar que la Corte IDH en el precedente en comentario, sindicó que la etapa procesal de ejecución de la sentencia debe ser: completa, perfecta, integral y sin demora. También, indicó que el pago de la indemnización por parte del Estado demandado con bonos, en el caso concreto, no cumplió con los requisitos anteriormente señalados.

Que, cuando nos referimos a otras herramientas, entendemos de uso el artículo 212 inciso 3) del

<sup>10</sup> CSJN Fallos 328:566 “Itzcovich” sentencia del 29/03/2005 y el ya citado precedente “Gómez” del 12/08/2021.

<sup>11</sup> MORELLO, Augusto (2009) – *II Tutelas diferenciadas – Revista de Derecho Procesal – Rubinzal- Culzoni editores. P. 19. Santa Fe, Argentina.*

<sup>12</sup> CSJN, R. 401. XLIII, sentencia del 27 de noviembre de 2012, en autos “Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”.

<sup>13</sup> LOIANNO, Adelina (2014). *El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad. Ed. UCES. Revista Jurídica, 18, 157-183.*

Código Procesal Civil y Comercial y su par nacional que permite el embargo, aunque la sentencia esté recurrida.

También consideramos y hemos comprobado el rol del Mediador Prejudicial en la Provincia de Buenos Aires como veedor del cumplimiento de la sentencia "intra partes"<sup>14</sup>.

Asimismo, sostenemos que la función preventiva del daño y su acción tipificada en el Código Civil y Comercial es una gran herramienta que debe ser utilizada para los casos de vulnerabilidad, anticipando una resolución basada en la razonabilidad, y respetando el contradictor conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional.<sup>15</sup>

Y en materia de carga de la prueba debe evaluarse la aplicación del artículo 1735 del digesto civil; las cargas dinámicas probatorias vienen a poner equilibrio en la desigualdad procesal y en el caso concreto.

Hechas estas acotaciones y de regreso a la materia recursiva, debemos señalar que en Argentina se estatuyó el recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema Nacional, en 1863, y ésta prontamente adoptó para sí la doctrina de "Marbury vs. Madison", erigiéndose en guardiana de la Constitución para asegurar su supremacía a través del control último de constitucionalidad, como una verdadera casación constitucional y sin perjuicio del control difuso en manos de todos los jueces de la Nación.

#### 1.4. NECESIDAD DE REFORMULAR EL ESQUEMA PROCESAL FRENTE A LA VÍCTIMA.

Nuestro sistema federal presenta ciertas complejidades a la hora de aplicar la normativa de forma, ya que muchos códigos procesales locales mantienen esquemas que no se condicen con los principios que deben primar para dar respuesta ajustada a la naturaleza del caso. Sin perjuicio de esta generalidad, es dable destacar que se han reformado recientemente algunos códigos civiles provinciales que atienden a los principios constitucionales y convencionales. Tal es el caso de Mendoza (ley 9001) y Santa Fe (ley 13.615). Y uno de los pocos códigos que pregonó el sistema oral fue el de Jujuy incluyendo la "vista" en su artículo 307, a más de contener tipificados y consagrados principios procesales de trascendencia, tal como el de oficiosidad.

En el caso "*Furlan y Familiares Vs. Argentina*", la Corte IDH hizo hincapié en las facultades ordenatorias e instructorias de los jueces, el proceso escrito y la ausencia de intermediación – entre otras causas- valló el conocimiento de las particulares y graves circunstancias de vulnerabilidad que rodeaban a la víctima y su grupo familiar<sup>16</sup>.

Consideramos que los deberes de los jueces incluidos en las normas procesales locales, en particular el deber de dirigir el procedimiento, son una herramienta de incommensurable valor y perfectamente articulable en materia de proceso civil que concierne a víctimas vulnerables, insistiendo que este concepto de la "vulnerabilidad" es cambiante y complejo, de diversos caracteres.

Desde esta incumbencia, que tradicionalmente se perfilaba como deber y hoy cimienta el denominado "activismo", se deben concentrar los procedimientos y evitar el inútil exceso de actividad, aun cuando ésta

---

<sup>14</sup> Caso de la provincia de Buenos Aires: LM-26989-2014 – autos "Lorenzo M.E C/ Franco A:H S/División de Condominio" de trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial 1 de La Matanza, donde se resolvió la división de los bienes a partir de la violencia económica infringida a la conviviente; ver fallo de la Cámara Civil y Comercial Sala II de ese departamento judicial de fecha 17/06/2021, disponible en el sitio web de la SCBA. [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar), último acceso 24/11/2022.

<sup>15</sup> MATO, Laura E. (2016). Instituto de Ciencias Jurídicas. La Acción Preventiva en el Nuevo Código Civil y Comercial. Universidad Nacional de La Matanza, Anuario 2015-2016. p. 141.

<sup>16</sup> Cfr. Sentencia en comentario, párr. 180 del Consd. "C.4.1) Actuación de las autoridades judiciales del proceso", citando el artículo 34 del Código Procesal Civil Nacional en sus incisos 2) y 5) y dado que el trámite se sustanció por ante el fuero de la justicia federal también hizo hincapié en el Reglamento para la Justicia Nacional (artículo 36).

podría tener origen en la negligencia de las partes o de sus letrados. La preservación de la economía procesal es una obligación de los magistrados, claro está siempre procurando que el derecho de defensa en juicio no se vea afectado.

Creemos que ya no es una discusión en derecho procesal que a los “poderes”, “facultades” debe siempre adicionarse la palabra “deber”. Y que dentro del poder-deber de dirección se incluye la administración económica del proceso y las funciones de impulso procesal, de saneamiento y de esclarecimiento de los hechos, máxime frente a víctimas<sup>17</sup>.

Que, persiguiendo esos fines, una de las herramientas utilizadas en los últimos años en nuestro país fue la incorporación de la oralidad en materia civil, sin modificaciones legislativas. Fue la llamada Justicia 2020 que se implementó en las siguientes provincias y desde las fechas que se indican: Buenos Aires (agosto de 2016), San Luis (junio de 2017), Formosa (agosto de 2017), Mendoza (agosto de 2017), Santa Fe (abril de 2018), Entre Ríos (julio de 2018), Fuero Civil C.A.B.A. - PJN (octubre de 2018), Tucumán (octubre de 2018) y Santiago del Estero (octubre de 2018). Se incorporarán las provincias de; Salta, Formosa, Misiones, Corrientes, Misiones, San Juan, Córdoba, Chubut y Tierra del Fuego. Asimismo, Neuquén y Río Negro aplican la oralidad, pero sin convenio con el Ministerio de Justicia.

Bajo la implementación de la oralidad en los trámites civiles se buscó cumplir con las debidas garantías judiciales, a los fines de acceder a la jurisdicción y obtener una resolución fundada justa y en un plazo razonable. En suma, consideramos que la oralidad en el proceso civil es una herramienta más –entre tantas otras que hemos expuesto sucintamente-, que contribuye a mejorar el servicio de justicia local, tiene resultados positivos y no amerita modificación de las leyes procesales locales<sup>18</sup>.

Y de regreso a los “deberes” de los magistrados, y en palabras de Camps refiriéndose al artículo 34 del código de rito,

“El juez moderno dirige el proceso de manera comprometida. No se trata de un simple “organizador de etapas” sino que debe propender a que el juicio se desarrolle de la manera más sencilla y efectiva posible, ahorrando a los litigantes dispendios inútiles de dinero, energías y tiempo. Se le impone al juez vigilar que “en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal”. De allí que la ley encomiende al judicante que controle la forma en que se desenvuelve la litis a través de actividades concretas, las que vienen contenidas en los diversos apartados del inciso 5° y en el inciso 6° de este artículo. Conforme con esta pauta rectora, debe reunir en una misma diligencia la mayor cantidad de actos procesales compatibles entre sí. Se trata de cumplir con el principio de concentración, directamente vinculado con el ahorro de tiempo y esfuerzos”<sup>19</sup>.

Y entendemos que no se debe perder de vista aquellas consumaciones a las que tiempo atrás arribaba el maestro Morello al conjugar la tensión constante entre progreso y civilización en materia civil y el regreso a las fuentes de una justicia más humana, informal y de tinte privado<sup>20</sup>.

Que el apego al tecnicismo o conceptualismo procesal atenta contra un gran objetivo que es, no dificultar el acceso del hombre a conocer cuáles son sus derechos y cómo defenderlos. Esta es la esencia o naturaleza de la democracia, sindicada en su nombre; “poder del pueblo”<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> ARAZI-ROJAS (2014), *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Rubinzal. Santa Fe. Argentina. T I, p. 152.

<sup>18</sup> MATO, Laura E., *La Oralidad en los Procesos Civiles*, disponible en <https://fundejus.org/la-oralidad-en-los-procesos-civiles/>, último acceso 24/03/2022.

<sup>19</sup> CAMPS, Carlos E. (2012), *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires*. T. I p. 43 - 2a ed. - Buenos Aires: Abeledo Perrot.

<sup>20</sup> MORELLO, Augusto M. (2002), *Tendencias dominantes en la litigación civil*. Los Congresos internacionales de Derecho Procesal. Ed. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 2002, pág. 151 y sgtes.

<sup>21</sup> AMAYA, Jorge (2014), *Democracia y minoría política*. pág. 11. Ed. Astrea. Bs. As.

## 1.5. CONCLUSIONES

El precedente analizado refleja la influencia de la Comisión y la Corte IDH y el valor que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en el proceso civil, exhortando al control supranacional en la labor diaria del poder judicial, toda vez que se trata de derecho positivo interno argentino y operativo (artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional), ello sumado a las actuales directivas de los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Si bien muchos años han pasado desde el dictado del precedente "*Furlan y Familiares Vs. Argentina*", lo cierto es que es de gran actualidad en la labor diaria, ya que la jurisprudencia de la Corte IDH –cimentada en los precedentes europeos– ha delineado el criterio del plazo razonable, mediante el análisis del objeto de la controversia, ejemplificando en aquella jurisprudencia la trascendencia de "lo que estaba en juego" para el accionante.

## BIBLIOGRAFÍA.

- Amaya, J. (2014). Democracia y minoría política. Buenos Aires: Astrea.
- Amaya, J. (2015) Control de Constitucionalidad. Buenos Aires. Astrea.
- Arazi, R. & Rojas. (2014). Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Santa Fe: Ed. Rubinzal –Culzoni.
- Camps, C. E. (2012) Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fenochietto, C. E. (2002). Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Astrea.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2016). La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes. Segunda Parte. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- Loianno, A, Coord. (2020). Lecciones de derechos humanos. Buenos Aires. ERREIUS.
- Loianno, A. (2014). El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad. Buenos Aires: UCES. Revista Jurídica.
- Loianno, A. (2017) Control de convencionalidad. Proyecciones e influencias en el derecho interno. Cevallos Editora Jurídica.
- Lorenzetti R. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- Mato, L. E. (2016). Instituto de Ciencias Jurídicas. La Acción Preventiva en el Nuevo Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Editorial UNLaM.
- Mato, L. E. (2019) La Oralidad en los Procesos Civiles. Buenos Aires: Fundejus.
- Morello, A. M. (2001). La prueba: Tendencias modernas. Buenos Aires: Abeledo - Perrot. Platense.
- Morello, A. M. (2002). Tendencias dominantes en la litigación civil. Los Congresos internacionales de Derecho Procesal. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni.
- Morello, A. M. (2009). Tutelas diferenciadas. Revista de Derecho Procesal. Santa Fe: Rubinzal- Culzoni.
- Morello, A. M., Sosa, G. L. & Berizonce, R. O. (1999). Códigos Procesales en lo Civil y Comercial. Buenos Aires: Platense, Abeledo - Perrot.

---

# Derecho convencional y mediación

Autor: **Alejandro Nató**<sup>1</sup>

---

## RESUMEN

La relación entre el campo de la gestión de conflictos en general y la mediación en particular con el derecho convencional obliga a replantearse la forma en que se lleva adelante la práctica de facilitación y mediación. Esto cobra aún mayor sentido cuando quienes son operadores del conflicto forman parte de la mediación previa al juicio y que forman parte de los registros de mediadores de las diferentes jurisdicciones, debido a que tienen un plus de responsabilidad en cuanto llevan, entre otros también, la carga del control de convencionalidad.

## PALABRAS CLAVE

Gestión de conflictos, Derecho convencional, control de convencionalidad, formación de mediadores, ética profesional.

## DESARROLLO

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) desde su primer fallo en materia de la obligación del control de convencionalidad hasta la actualidad fue ampliando el campo de responsabilidad y avanzó más allá del control jurisdiccional.

El artículo 75 inciso 22) de la Constitución Nacional (CN) incorpora al bloque de constitucionalidad a

---

<sup>1</sup> Doctor en derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Abogado (UBA). Mediador, especialista en conflictos públicos. Master en cooperación internacional y gestión de proyectos. (Instituto Universitario Campus Stellae. España). Master en Resolución de conflictos y mediación (Universidad de León. España). Coordinador de la oficina de Gestión de Conflictos de la Defensoría del Pueblo de la Nación Argentina.

los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que se entienden como complementarios de los derechos y garantías que establece la ley fundamental.

En la formación de los mediadores debe incluirse como parte integrante de los programas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La temática que nos ha convocado versa sobre la relación de la mediación con el Derecho Convencional.

El Instituto de Gestión y Resolución de Conflictos del Colegio me ha convocado a dar una conferencia alrededor de esta cuestión e invitó a colegas a participar de encuentro que se efectuó en el marco de las VII Jornada Sanisidrense de Derecho, cuya nominación ha sido: “El Derecho Convencional y su influencia en las relaciones jurídicas” realizada en el mes de octubre próximo pasado. Esa conferencia se transformó en un conversatorio con participación activa por parte de quienes concurrieron al encuentro.

Venimos atravesando una etapa de cuestionamiento a las instituciones por la falta de confianza social que, incluso, impacta seriamente en la vida democrática.<sup>2</sup> En ese sentido es valorable tomar la pregunta que formula Przeworski “¿A qué deberíamos prestar atención si tememos que la democracia está sufriendo una crisis?” y agregaría lo mismo para las instituciones en crisis.

En el reparto de responsabilidades hay quien tiene mayor tipo de obligación. Eso no es motivo para desligarse de la necesidad de construir pensamiento alrededor de la problematización que la complejidad trae consigo. Para atender esta realidad insoslayable cada quien en su propio campo de acción nos encontramos interpelados a remozar pensamiento, refrescar ideas, verificar a partir de los resultados cuáles son los motivos del distanciamiento social y, en el mundo de la práctica jurídica, buscar formas nuevas que contemple mayor celeridad para el ejercicio de los derechos y que se aproxime a las necesidades sociales en donde se ponga a las instituciones con las que venimos trabajando en cuestión. La práctica de la mediación y la formación de los mediadores no pueden quedar exentas de un obligado cernir.

En coincidencia con el planteo de Innenarity<sup>3</sup> “en los momentos de crisis las urgencias ponen en un primer plano a las personas prácticas, a quienes organizan y deciden, asumiendo unos riesgos que a cualquiera los sobrepasaría”...”pensamos que detrás de muchas decisiones equivocadas había más ignorancia que falta de resolución”. En tren de ello, resulta imprescindible, como un elemento abordaje del tema, ubicar al control de convencionalidad dentro de los procesos de mediación, como así también prestar especial atención a la formación de los operadores jurídicos de la etapa en la que nos encontramos, de modo que la legalidad de la instancia quede garantizada.

Vale destacar que el control de convencionalidad les compete no solo a los jueces sino también a quienes forman parte de los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Desde el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” (26 de septiembre de 2006 y actuaciones posteriores del 18 de noviembre de 2010) hasta, el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (26 de noviembre de 2010), entre varios otros casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido dándole mayor rigurosidad y espesor al alcance del control de convencionalidad que comprende los siguientes elementos:

- a) “Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado es parte,
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias,
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar -en consideración

---

<sup>2</sup> Przeworski, Adam, “Las crisis de las democracias. ¿Adónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización?”. P. 26

<sup>3</sup> Innenarity, Daniel “Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del Coronavirus” p. 29

el tratado, sino que también la jurisprudencia de la CIDH y los demás tratados interamericanos en los cuales el Estado sea parte.

- d) Es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública,
- e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación, conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública”<sup>4</sup>

En una primera mirada, atendiendo a que la formación de grado y experiencia profesional de muchos de los operadores jurídicos que intervienen en la mediación ha sido contemporánea a la incorporación en nuestra ley fundamental del derecho convencional, que, además, pasó a formar parte de nuestro bloque constitucional (artículo 75, inciso 22 de la CN). A su vez, en la mayoría de los casos ha existido extemporaneidad en la inclusión de esta temática proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los programas de formación profesional de los mediadores, más aún lo podemos verificar cuando observamos los programas de la materia de Resolución de conflictos y mediación a nivel de grado en las diferentes universidades, cuestión que desde la reforma constitucional de 1994 hasta la actualidad se ha ido incorporando lentamente el estudio y mayor atención a la temática de los derechos humanos en el orden jurídico normativo nacional. Por ello, es necesario comprender que pareciera ser una idea consolidada en la que el derecho convencional no es algo a atender o a tener en cuenta al momento de trabajar los operadores jurídicos la mediación, al menos no más allá de la cita como justificación jurídica de las posiciones. Si bien el conocimiento de las normas se presume que es de alcance general y universal, esto no necesariamente acontece en la realidad, en especial en términos de convencionalidad. En honor a la verdad, en ocasiones ni siquiera los propios operadores del derecho, que al decir de Cornelio Carnelutti seríamos los obreros calificados del derecho, conocemos la totalidad del sistema jurídico vigente nacional e internacional.

Esta circunstancia se une a la creencia generalizada que confunde la instancia de mediación como una etapa totalmente ajena a la discusión jurídica, o al análisis del derecho, el que se suele pensar que se reserva para, una vez cumplida la misma, exclusivamente la instancia judicial. Posiblemente, es consecuencia de los inicios formativos del desarrollo de la mediación que requirieron en un primer momento diferenciarse de tal manera de la etapa judicial, que generó esta disociación entre mediación y derecho, disociación que luce como una falacia cuando estamos trabajando o gestionando un conflicto que claramente no solo en sus efectos tendrá efectos jurídicos, sino que incluso en su delimitación tiene clara participación no solo la norma jurídica sino en especial, la norma convencional. La autonomía de la voluntad tiene el límite de lo que el derecho posibilite y, de manera especial, en el tema que nos compete en este comentario, que el derecho convencional permite.

Si bien es cierto que el abordaje del conflicto en la fase de mediación es más amplio que el solo encuadre jurídico del caso y que, además, se atienden de manera integral todos los elementos del conflicto, no por ello deja de ser cierto que el derecho sea el regulador esencial y marque una de las pautas principales de referencia en la búsqueda de solución de ese conflicto, así como indefectiblemente se le debe dar preminencia durante todas las etapas del proceso de gestión.

A modo de excursión planteo que de ningún modo este requisito del conocimiento de la norma le resta crédito al carácter interdisciplinario de la mediación ya que operadores del conflicto tanto de registro (en varias leyes provinciales de mediación de nuestro país se prevé la figura del mediador/a de diferentes saberes disciplinares) como los mediadores comunitarios, organizacionales, escolares, etc. pueden provenir de distintas profesiones o, incluso en el ámbito territorial, social urbano quienes atiendan los conflictos pueden ser vecinos sin cumplir con el requisito formal de la formación de grado.

Es desde una visión amplia donde se impone la necesidad de velar por la incorporación del derecho convencional a la instancia, en todas aquellas intersecciones donde necesariamente debemos atender la realidad que nos rodea en torno a la vigencia y respeto de los derechos humanos, la perspectiva de género, el principio protectorio respecto a la niñez y adolescencia, la cuestión urbana, lo socio ambiental, la intercultu-

---

<sup>4</sup> Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N 7. “Control de convencionalidad”. Págs. 5 y 11.

ralidad, las poblaciones vulnerables (y no solo tomando como criterio el económico sino desde un concepto amplio de vulnerabilidad) y otros. Por su parte, en materia jurídica, resulta de inexorable atención el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, desde la normativa de las reglas internacionales, principios, convenciones, declaraciones y tratados que brindan pautas que operan de piso de garantías para el cumplimiento de los derechos humanos. Cada uno de estos aspectos y los restantes mencionados abren numerosas situaciones donde en términos generales suele emerger la asimetría que representa el desbalance de poder entre las partes (desigualdad de posiciones) que incluso llega a implicar, en muchas ocasiones, limitaciones en el poder para la toma de decisiones. Como bien señala Atienza “el propio derecho actúa sobre el poder social, bien manteniendo ciertas estructuras de poder o bien contribuyendo a cambiarlas”<sup>5</sup>. Además, se debe tomar muy en cuenta para evitar el desbalance de poder la necesaria incorporación de actores que, a priori y por definición legislativa, se encuentran o pretenden mantenerse fuera de los procesos de mediación como los Estados Nacional, provinciales o municipales.

Por su parte, como ya se ha señalado, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos incorporó el concepto de control de convencionalidad y lo ha colocado –más allá del sistema judicial– en cabeza de quienes forman parte de la función pública en general y de los operadores del derecho en particular, entre los cuales debemos incluir a los mediadores de registro que tienen a su cargo el llevar adelante el proceso de mediación.

Los objetivos de la mediación, según los modelos más reconocidos, pueden ser la transformación de las relaciones (el modelo transformador), la construcción de una historia alternativa (el circular narrativo), la búsqueda de la bondad de las personas involucradas en el proceso a través de trabajar con sus habilidades socio-cognitivas (asociativo) y la búsqueda de acuerdos a través de la negociación asistida (Harvard).

Este horizonte no siempre se ve reflejado en los procesos de mediación ya que existe una preferencia muy marcada hacia el modelo lineal de Harvard, con cierta comodidad y conformidad por parte de la mayoría de los mediadores del sistema. Debido a ello, el supuesto de los acuerdos, como producto de la mediación, es quizás uno de los más generalizados en su utilización por los mediadores y es el tomado en cuenta en la mayoría de las políticas públicas de implementación del sistema. El objetivo inicial que ha sido concebido para descomprimir (restarle temas al servicio tradicional de justicia) la gestión de los conflictos en el ámbito judicial tomó a los acuerdos como indicador de calidad y satisfacción para los diversos programas de mediación que se instituyen públicamente. Esta materialidad si bien lo utiliza el sistema para su despresurización, nos obliga a aquellos que postulamos que la mediación implica un cambio de cultura y que debería representar *no un modo anormal de terminación del proceso*, en la concepción del código de rito, sino el modo normal en que las relaciones jurídicas deben abordarse de modo dialógico como cambio de paradigma cultural. Esta tesis nos lleva a pensar en la mediación como un proceso/herramienta/instancia que contribuye a la tranquilidad y pacificación social, más allá de la consecución de acuerdos que concluyan con la etapa del conflicto reducido al caso jurídico.

Es sabido también que los acuerdos, como producto de todo contrato, pueden ser verbales o escritos y representan ley para las partes. Por ende, no se puede omitir la legalidad, tanto la proveniente del derecho interno como la del derecho internacional, receptado también por los mecanismos constitucionales de nuestro Estado.

Esas obligaciones y responsabilidades asumidas por los Estados representan en casi todos los casos cargas para los mismos y se encuentran previstas en declaraciones, tratados, entre otros instrumentos jurídicos, que a continuación se detallan, a saber:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

---

<sup>5</sup> Atienza, Manuel “El sentido del Derecho” p. 152

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

Las Reglas de Mandela para las personas Privadas de la Libertad

La Convención de los Derechos del Niño

El Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales

Convención Belém do Pará o Convención para Prevenir Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer

Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las Personas Adultas Mayores

Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia para las personas en condición de vulnerabilidad

Acuerdo de Escazú o Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe

La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (Agenda 2030-ONU)

Tal como lo plantea la Dra. Pierini “En una democracia, el Estado es el principal garante de la vigencia de estos derechos. Los principios y pautas de los derechos humanos, adoptados por consenso universal son referencia ética y normativa fundante para una sociedad como la nuestra que ha elegido la paz y el Estado de Derecho”<sup>6</sup>. En el ámbito de la mediación, como instituto de acceso a la justicia, es necesario que se encuentren garantizados los reaseguros democráticos que sostienen los principios de los derechos humanos.

Por lo tanto, la autonomía de la voluntad y la buena fe de las partes de ningún modo pueden suplir la presencia del Estado en temas donde la garantía de los derechos humanos recae sobre su responsabilidad.

En correspondencia a ello, los abogados, tanto de parte (actitud colaborativa y como auxiliares del sistema) como los mediadores tenemos ese marco jurídico imprescindible, que se transforma en una imposición legal. Tal es así que deberíamos tener en cuenta que, para evitar reproducir las asimetrías y ante la necesidad de equilibrar las relaciones de poder entre las partes, en donde se equiparan las oportunidades, donde se deben buscar las voces habitualmente silenciadas y donde los derechos económicos sociales y culturales de los sectores más desfavorecidos se encuentran en juego, en nombre del control de convencionalidad, es que debe garantizarse la presencia del derecho vigente como referencia normativa ineludible dentro del proceso de gestión del conflicto, no solo en su gestión judicial sino desde su tratamiento inicial en la etapa de mediación cualquiera sea su oportunidad de realización.

Tal es así que, cuando planteamos que esta obligación ineludible de los operadores del derecho nos interpela, lo hace desde diferentes aspectos que deberían de manera urgente convocar al trabajo en tal sentido.

Por una parte, se debería generar conciencia acerca de la necesidad del conocimiento referencial y la aplicación del derecho convencional por parte de todos los operadores jurídicos que participan en la mediación. Esta toma de conciencia representa un requisito necesario para evitar posibles cuestionamientos de legalidad, reproducir dinámicas asimétricas, cometer un daño en las acciones y, sobre todo, para poder edificar el ejercicio profesional de la mediación y el derecho con la máxima responsabilidad y ética.

---

<sup>6</sup> Pierini, Alicia (coordinadora) “Pensamiento crítico sobre derechos humanos”. P. 13

Se impone la necesidad de ampliar los programas de formación de los mediadores hacia el campo de los derechos humanos en general y, de manera especial, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Si bien, como ya fue planteado para la enseñanza de grado, paulatinamente también, ello está aconteciendo en las currículas de enseñanza como maestrías y doctorados, que tienen como objeto de estudio e investigación la gestión constructiva de conflictos, no se refleja aún en los programas de capacitación prevista para los mediadores, que en la práctica pueden omitir las responsabilidades asumidas jurídicamente por los Estados y conformarse con los acuerdos de partes.

Hay un punto crucial que merece un desarrollo diferenciado, pero que es la idea en esta reflexión dejar planteado, es la interpelación que nos genera, ante esta obligación de cumplimentar con el control de convencionalidad ya mencionada, el deber de repensar dentro del rol y características del mediador en los conflictos con impacto jurídico.

En especial respecto de conceptos que aun hoy siguen trabajándose en los programas de formación respectivos con una visión ajena al planteo de este trabajo, respecto de los alcances de la neutralidad como principio de la mediación, principio que sigue estando vigente en las legislaciones de la materia, y que requiere dar un serio y profundo debate en cuanto a su alcance cuando asumimos que este mediador tiene también a su cargo la obligación de velar por el cumplimiento de los derechos humanos y el derecho convencional que debe atravesarlo y sin duda, modifica significativamente la práctica de la mediación.

Es un debate que también tendrá impacto con el resto de las características del rol, y del alcance de los principios de la mediación. Por ende, una incidencia clara y comprometida sobre nuestro quehacer diario como mediadores en las diferentes áreas donde podamos ser llamados a trabajar desde una concepción del mediador y de la mediación como herramienta e instancia de pacificación social, con ética y acción sin daño.<sup>7</sup>

### **Bibliografía**

Atienza, Manuel *“El sentido del Derecho”*. (Barcelona Editorial Ariel Derecho, 2012). 152

Innerarity, Daniel *“Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del Coronavirus”* (Barcelona, Ed. Galaxia Gutenberg, 2020). 29

Pierini Alicia (Coordinadora) *“Pensamiento crítico sobre Derechos Humanos”* (Buenos Aires, Eudeba, 1996). 13

Przeworski, Adam, *“Las crisis de las democracias. ¿Adónde pueden llevarnos el desgaste institucional y la polarización?”*. (Buenos Aires, Ed. Siglo XXI, 2022). 26

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N 7. *“Control de convencionalidad”*.

Cooperación Alemana Deutsche Zusammenarbeit. Implementado por la GIZ. 5 y 11.

---

<sup>7</sup> La acción sin daño proviene del Derecho Internacional Humanitario. Se caracteriza por minimizar los riesgos, maximizar los recursos, conocer el contexto, cumplir con la legalidad y promover iniciativas coherentes con el contexto.

---

# Convencionalidad de los privilegios laborales en los procesos concursales

Autor: **Carlos Enrique Ribera**<sup>1</sup>

---

**SUMARIO:** I. Introducción. - II. La legalidad de los privilegios. - III. Evolución de la jurisprudencia sobre privilegios laborales en los concursos. - IV. Algunas Conclusiones

## RESUMEN

Es tendencia de la jurisprudencia actual concursal el reconocimiento de la aplicación operativa y con carácter suprallegal de las normas internacionales en cuanto al reconocimiento de los privilegios laborales, teniendo en cuenta el interés social comprometido y el carácter alimentarlo de tales créditos.

## PALABRAS CLAVE

Derecho Concursal - Convencionalidad.

## I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de haberse realizado la VII Jornada Sanisidrense sobre “El Derecho Convencional y su influencia en las Relaciones Jurídicas” y aprovechando la generosa invitación para hacer algunas reflexiones sobre el tema, nos referiremos en particular a los cambios de la jurisprudencia respecto a la convencionalidad, los procesos concursales y los créditos laborales.

En nuestro país la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil se remonta al siglo XIX. Nos referimos al áspero debate entre los máximos exponentes jurídicos de la época: Juan Bautista Alberdi y Dalmacio Vélez Sársfield, con motivo del proyecto del codificador.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Doctor en Derecho. Docente Derecho Comercial en UBA y UdeSA. Autor de diversas publicaciones en la materia.*

<sup>2</sup> *Kemelmajer de Carlucci, Aída, La Constitución Nacional y los fundamentos de los privilegios concursales, Rev. de Derecho Priv. y Com., 2021-3, PrivilegiKs, Rubinzal-Culzoni, p. 14.*

La reforma constitucional de 1994 en cuanto al principio de primacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno ha tenido una amplia repercusión en las relaciones jurídicas, en particular en el Derecho Privado.

Al receptar el denominado “Bloque Constitucional” (art. 75 incs. 22 Const. Nacional), se reconocen las reglas fundamentales de los Derechos Humanos, de Mujeres, Niños, personas vulnerables, etc.

El inc. 23 dispone además que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...”.

El tema de la constitucionalización del derecho privado hace bastante tiempo ha ocupado a calificada doctrina.<sup>3</sup>

Actualmente la Constitución y el derecho privado, se vinculan. Ya no es posible observar ambos ordenamientos independientes. Por ello, cuando el juez decide, debe aplicar los derechos fundamentales.

La proyección de la constitucionalización en el ordenamiento privado se ha reflejado no solo en el CCyC, eje del Derecho Privado, sino también se irradia a otros sistemas como es la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) y la Ley de Contrato de Trabajo (LCT).

Este cambio ha sido trascendental y se encuentra reflejado con precisión en el art. 1° del CCyC.

Por ende, hoy no puede aplicarse la ley desconociendo lo que establece la Constitución y los tratados de derechos humanos, que son la ley suprema de la Nación.

Como se ha dicho “Los derechos fundamentales ingresan en el entramado del sistema jurídico privado, ya no por obra de la doctrina y la jurisprudencia, sino de modo normativo, adecuándose a cada relación, transacción o acuerdo, conforme sean las circunstancias en particular (familia, niñez, salud, discapacidad, género, ambiente, consumidor, daños, laboral, comercial, etc.).”<sup>4</sup>

Al haber adquirido estos tratados jerarquía constitucional, han sido tenidos en cuenta por la jurisprudencia para reafirmar el carácter de privilegiados a los acreedores laborales.

Cabe destacar que el CCyC tuvo muy en cuenta no solo los principios y valores constitucionales, sino también los tratados internacionales, de allí que sus redactores hayan dicho que “el nuevo código no es una codificación hermética, sino una ley muy abierta”.

Además, en los fundamentos que acompañaron al Código, se mencionó que los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, como fuente del derecho, son obligatorios y además deben ser tenidos en cuenta al decidir un caso, lo que se reconoce expresamente en el citado art. 1.

Cabe añadir que el art. 2 establece que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros, lo que “surge de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Rivera, Julio César, *El Derecho Privado y constitucional*, R.D.P.C., n° 7, “Derecho Priv. de la reforma constitucional”, p. 27 y ss.

<sup>4</sup> Palacio de Caeiro, Silvia B., *Influencia de la reforma de 1994 en la constitucionalización del derecho privado*, LL 12/02/2020, 1, LL 2020-A, 764, LLOnline: AR/DOC/4191/2019.

<sup>5</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 26; Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. La Ley, comentario al Título Preliminar por Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, p. 1

Y el art. 3 dispone que el juez debe resolver los asuntos de su jurisdicción “mediante una decisión razonablemente fundada”.

En base a ello la jurisprudencia ha reconocido en algunos casos prioridades en los concursos a determinados acreedores por sus circunstancias personales de vulnerabilidad por razones de salud, edad o género, que exigían una protección en particular.

Pero en esta oportunidad nos ocuparemos de la constitucionalización de los créditos laborales en los concursos o quiebras, para lo cual debemos tener en cuenta que se encuentran reconocidos en Convenios de la OIT ratificados por nuestro país, que conforme a lo dicho, son de jerarquía superior a las leyes de Concursos y de Contrato de Trabajo.

## II. LA LEGALIDAD DE LOS PRIVILEGIOS

Previo a entrar en los antecedentes de nuestros tribunales, es ineludible hacer referencia a que en materia de privilegios se aplica el principio de legalidad: es decir que los privilegios son de origen legal, por lo que las partes no pueden crearlos por convención ni por vía judicial (art. 2574 CCyC, art. 239 LCQ y arts. 261 y 263 LCT).

Ello se sustenta en que si se permitiera a las partes establecerlos por vía de convenciones, se podrían dar situaciones injustas pues, al arbitrio del deudor, se podría favorecer a un determinado acreedor en perjuicio de otros, afectando así las razones de equidad y justicia que justifican los privilegios, lo cual fue aplicado por los tribunales.

La Corte Suprema ha dicho en reiteradas oportunidades que en materia de privilegios la interpretación es restrictiva y que no deben reconocerse de manera analógica.<sup>6</sup>

En el caso de los créditos laborales frente a la insolvencia, estos se encuentran mencionados en las convenciones internacionales, de allí que los tribunales hayan reconocido su cobro como privilegiados con rango superior al resto de los acreedores.

## III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE PRIVILEGIOS LABORALES EN LOS CONCURSOS

### a. Autos “Pérez”, “Fermín” y “Milone”<sup>7</sup>

Para tratar la evolución de la jurisprudencia, debemos mencionar estos tres precedentes de la SCJN en los que se dispuso que las normas en los Convenios de la OIT, ratificados por nuestro país, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la C.N. confiere un rango superior al de las leyes.

Estos antecedentes fueron citados en el fallo que a continuación explicamos.

### b. Autos “Pinturas y Revestimientos”<sup>8</sup>

<sup>6</sup> CSJN, “Inmobiliaria Financiera y Agropecuaria La Ferrolana SA s/ quiebra”, 20/3/2007, *Fallos*: 330:1055; LLOnline: TR LALEY 4/62832; *id.*, “BCRA s/ incidente de revisión en: “Banco Coopesur Coop. Ltda. – quiebra”, 28/2/2006, *Fallos*: 329:299, *Microjuris*: AR|MJJ115673|MJJ115673; entre otros.

<sup>7</sup> CSJN, “Milone, Juan A. c. Asociart S.A. ART”, 26/10/2004, *Fallos*: 327:4607, LLOnline: AR/JUR/2714/2004; *id.*, “Fermín, Mauricio”, *Fallos*: 331:1664, 22/07/2008, LLOnline: 70046902, relativo al Convenio N° 169 de la OIT; *id.*, “Pérez, Aníbal c/ Disco S.A.” 1/9/2009, *Fallos*: 332:2043, LLOnline: AR/JUR/29031/2009.

<sup>8</sup> CSJN, “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/ quiebra”, 26/03/2014, *Fallos*: 337:315, LLOnline: AR/JUR/4224/2014.

Este caso decidido la CSJN es emblemático en materia del privilegio del crédito laboral frente a la insolvencia del empleador.<sup>9</sup>

Se trataba de un acreedor laboral que había impugnado el informe de distribución de fondos en el que se le había reconocido privilegio general limitado por un crédito derivado por un accidente de trabajo.

El trabajador requirió la aplicación del compromiso impuesto al Estado por el Convenio OIT N° 173 (Ley 24285), en cuanto establece que los créditos estatales deben ser postergados frente a las acreencias de origen laboral.

En el proyecto de la sindicatura se destinaba el 95% para la Afip y el 4,4% se adjudicaba al trabajador.

Los fondos eran el producto de la liquidación del establecimiento, donde el acreedor había sufrido el accidente.

El pedido fue rechazado en primera instancia y por la Cámara, argumentando que no resultaba de aplicación en el ordenamiento concursal porque no se había dictado las normas reglamentarias nacionales que permitieran efectivizar esos derechos.

Por tal motivo al crédito laboral debía aplicársele la limitación del 50% establecida por el art. 247 de la LCQ, con igual rango que un crédito de la AFIP.

El trabajador interpuso recurso extraordinario ante la Corte Federal y por mayoría, con dictamen favorable de la Procuradora Fiscal, se revocó la sentencia impugnada, reconociéndose al acreedor el derecho mencionado en el Convenio N° 173 de la OIT, ratificado por la ley 24.285, en cuanto establece que esas acreencias deben ser desinteresadas antes que los acreedores fiscales, directivas, dijo el Tribunal, que no son programáticas, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación, les confiera operatividad. Entre otras argumentaciones, finalizó que “en las condiciones expuestas cabe concluir que las normas internacionales invocadas por el apelante han desplazado en el conflicto concreto que resulta de autos a las reglas de los arts. 239, párrafo primero, 247 y 249 de la ley concursal, sobre cuya base los jueces de la causa fundaron sus decisiones.”

Es decir que al crédito se lo reconoció como privilegiado general ilimitado y por lo tanto con rango superior al crédito del fisco.

Tal antecedente, tiene fundamental trascendencia en materia de privilegios laborales, para lo cual no debe olvidarse el interés social comprometido y el carácter alimentarlo del salario.

Este importante fallo dio paso a una nueva jurisprudencia que consideró que el Convenio N° 173 de la OIT resulta operativo y tiene carácter suprallegal.

### **c. Autos: “Karolingya Investements SA s/ quiebra”<sup>10</sup>**

El acreedor laboral y su letrado apoderado apelaron la decisión que no hizo lugar al pedido de prorrateo de los fondos a distribuir en el informe final.

---

<sup>9</sup> Mansueti, Hugo Roberto, *El privilegio del crédito laboral por accidente y el Convenio 173 de la OIT en el juicio de la Corte*, SJA 25/06/2014, 96, JA 2014-II, RDLSS 2014-15, 1523, LLOnline: AR/DOC/5288/2014; Ferro Ilardo, Carlos A., *Desplazamiento del privilegio general del fisco por el crédito laboral en la quiebra: Percepción preferente y sin limitación de la acreencia del trabajador por aplicación de convenio internacional*, LLGran Cuyo 2014 (diciembre), 1183, LLOnline: AR/DOC/4237/2014; Porta, Elsa *Créditos del trabajador en la quiebra o concurso del empleador*, LL 15/05/2014, 5, LL 2014-C, 192, DT 2014 (diciembre), 3304; Ramírez Bosco, Lucas, *Créditos laborales por accidentes de trabajo contra créditos fiscales y otros en la quiebra. La Corte puso el espigón en su quicio*, DCCyE 2014 (junio), 99, LLOnline: AR/DOC/1849/2014, entre otros.

<sup>10</sup> CNCom., sala D, “Karolingya Investements SA s/ quiebra”, 16/07/2019, Microjuris: AR|MJJ120727|MJJ120727.

En este caso el conflicto entre el acreedor laboral se planteó respecto a un crédito hipotecario y otro prendario.

Los fondos provenían de la venta de un inmueble hipotecado y de activos prendados, que eran insuficientes para cancelar siquiera los créditos con garantía real.

En primera instancia el pedido fue rechazado, ya que se dispuso que el acreedor laboral cobrara luego de satisfecho el acreedor hipotecario y prendario.

En cuanto al crédito hipotecario se dijo que el privilegio laboral no tenía asiento sobre inmuebles (art. 241 inc. 2°) y respecto al crédito prendario se aplicaron los art. 243 LCQ y 43 de la Ley de Prenda con Registro que disponen que el acreedor prendario desplaza en el cobro al laboral (cabe mencionar que el acreedor hipotecario y prendario, era el Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12726 representado por la fiscalía de estado de la Pcia. de Bs. As.).

Ante ello el trabajador y su abogado interpusieron recurso y sostuvieron que la decisión era violatoria de lo dispuesto por el Convenio 173 de la OIT y la doctrina del máximo Tribunal en “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A. s/quiebra”.

Además, sostuvieron que la distribución era abusiva y violatoria de los derechos del trabajador, favoreciendo a un acreedor estatal (Fideicomiso de la Recuperación Crediticia, Ley 12726), en su condición de acreedor hipotecario y prendario.

En el dictamen la Fiscalía de Cámara postuló la admisión del recurso en función del Convenio y el precedente citado a favor de los acreedores laborales, colocándolos en un grado superior al de los demás créditos privilegiados.

La sala D de la Cámara Comercial admitió el recurso. Para ello consideró que:

- si bien el crédito laboral e hipotecario tenían ambos caracteres de privilegiados especiales, esto no generaba conflicto entre ambos, porque mientras el primero tenía asiento sobre el producido de determinados bienes muebles (art. 241, inc. 2° LCQ), el segundo lo tenía sobre el inmueble hipotecado (art. 2205 del CCyC; art. 241, inc. 4° LCQ);
- en cuanto al fideicomiso dijo que no podía ser calificado como estatal, pero sin perjuicio de ello agregó que el saldo de la liquidación del bien inmueble hipotecado de la quebrada debía ser percibido, en primer lugar, por los acreedores laborales como “privilegiado general” ilimitado y no “limitado”;
- diferente es el caso del acreedor especial prendario cuando se enfrenta al privilegio especial laboral, porque potencialmente ambos podrían tener el mismo asiento y por lo tanto concurrir sobre el producido del mismo bien;
- y agregó que si bien el art. 243, inc. 1° LCQ remite al ordenamiento especial, actualmente el art. 43 de la Ley de Prenda con Registro n° 12.962, debe entenderse implícitamente derogado por el CCyC;

Por ello dispuso que el privilegio especial prendario es postergado por el privilegio especial laboral, salvo que este último crédito se hubiera devengado con posterioridad a la constitución de la prenda (art. 2586 inc. e CCyC).<sup>11</sup>

<sup>11</sup> “Cabe descartar el cuestionamiento acerca de la vigencia del Convenio de la OIT n° 173, en el marco de la impugnación efectuada por el acreedor laboral al proyecto de distribución, al no prorratearse su acreencia. Es que conforme a diversos precedentes de la CSJN (Fallos, 332:2043; 331:1664 y 327:4607) y de acuerdo a lo particularmente expuesto por el Alto Tribunal en la causa “Pinturas y Revestimientos Aplicados SA”, en tanto hubieran obtenido la ratificación legislativa, los convenios de la OIT, se inscriben en la categoría de los tratados a los que la CN 75-22°,

**d. Autos: “3 Arroyos S.A. s/ conc. prev.”<sup>12</sup>**

El tema fue nuevamente analizado por la justicia nacional Comercial en dos antecedentes diferentes del mismo concurso preventivo.

En ambos casos se reconoció al crédito por salarios posteriores a la presentación como “Gastos de conservación y de justicia” (art. 240 LCQ).

En primera instancia se rechazó el pedido del acreedor laboral de encuadrar su acreencia en aquella norma, aduciendo que el crédito no resultaba alcanzado por el proceso universal y que cabía al trabajador acudir a la vía que correspondiera.

Apelada la resolución, la Cámara sostuvo que:

- el abordaje de cualquier conflicto jurídico no puede “prescindir del análisis y eventual incidencia que los Tratados Internacionales proyectan en el derecho interno del caso. O, dicho de otro modo, la hermenéutica de las normas de derecho común debía adecuarse a la comprensión constitucional de los intereses en juego, a fin de no sobrevalorar la interpretación de normas subordinadas, lo que significaría atentar contra su validez constitucional, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 de la CN”;
- además, sobre la temática de los créditos laborales en contextos de insolvencia, consideró que era “de aplicación la doctrina del Máximo Tribunal en las causas “Pinturerías y Revestimientos Aplicados SA s/ quiebra” (Fallos: 337:315, del 26/03/2014) y “Milone” (Fallos: 327:4607), donde adscribió a las directivas del Convenio N° 173 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificadas por la República Argentina mediante ley 24.285 “sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador”) en la categoría de los tratados a los que el art. 75 inc. 22 CN confiere un rango superior al de las leyes”;
- no existe razón “que justifique negar la tutela protectoria allí consagrada para procedimientos como el de la especie, ni formular distingos tales como el devengamiento “pre o post” concursal de las acreencias laborales.”

Por último, cabe mencionar que en el primero de los fallos citados<sup>13</sup>, se sostuvo que al crédito del cocontratante *in bonis* de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes se los reconocía como “Gastos de conservación y de justicia” (art. 20 LCQ).

Por lo tanto, el tribunal concluyó que debía otorgarse al trabajador el reconocimiento pretendido, más aún cuando permanecía poniendo su fuerza laboral en pos de la continuidad del giro empresario.

**e. Autos: “Periopontis S.A. s/ quiebra”<sup>14</sup>**

*confiere un rango superior al de las leyes (véase, además: PORTA, Créditos del trabajador...). Así, la circunstancia de no haberse depositado el documento de ratificación del citado Convenio 173 ante la OIT no impide entender que sus disposiciones resultan operativas en nuestro derecho interno, habida cuenta su aprobación por la ley 24285 y sin la necesidad de una medida (conf. Bermúdez, J., Los privilegios concursales en orden a la reparación por accidente del trabajo y los Convenios de la OIT, en la obra colectiva dirigida por Heredia P. y Arecha, M., “Corte Suprema de Justicia de la Nación - Máximos Precedentes - Derecho Comercial”, Bs. As., 2015, T. IV, págs. 248 y ss.; FERRO ILARDO, Desplazamiento del privilegio... ; CNCom, sala B, 11/06/2015, “Dinan SA s/ quiebra”, EIDial.*

<sup>12</sup> CNCom., sala F, “3 Arroyos SA s/ conc. prev., inc. pronto pago por Baigorria, Mauro A.”, 12/11/2020; *id.*, *idem*, “3 Arroyos S.A. s/concurso preventivo s/ inc. de pronto pago por Brochetto, Maximiliano José”, 02/02/2021, LLOnline: AR/JUR/672/2021.

<sup>13</sup> CNCom., sala F, “3 Arroyos SA s/ conc. prev., inc. pronto pago por Baigorria, Mauro A.” 12/11/2020.

<sup>14</sup> CNCom., sala A, “Periopontis S.A s/quiebra, s/incidente de verificación de crédito por Villareal, Guillermo Enrique”, 14/04/2021, Microjuris: AR|MJJ132404|MJJ132404.

En este antecedente la solución fue contraria a la corriente jurisprudencial que mencionamos, pero anticipamos que las circunstancias del caso fueron diferentes.

En primera instancia se había declarado verificado el crédito por 6 meses de remuneraciones con privilegio especial y general y resto de los salarios caídos como quirografarios, con más los intereses correspondientes.

La decisión fue apelada y la fiscal general de Cámara pidió que se revocara la decisión pues sostuvo que si bien en el Convenio N° 173 de la O.I.T (Ley N° 24.285) se estableció que, el crédito por salarios adeudados ante la insolvencia del empleador no deberá ser inferior a tres meses, tal protección había sido extendida a 12 meses conforme lo dispuesto en la Recomendación N° 180 de la O.I.T.

La sala A mencionó que debía reconocerse el orden normativo que emana de un tratado internacional vigente como es el Convenio N° 173 de la O.I.T, cuyas disposiciones tienen prelación sobre las fuentes legislativas emanadas del derecho interno, por ser derecho de fuente internacional sobre el derecho de fuente interna (art. 75 inc. 22 de la CN). Pero rechazó el recurso pues argumentó que:

- “Las normas internacionales del trabajo, de fuente convencional, vigentes en el país, son instrumentos jurídicos preparados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores) que establecen principios y derechos básicos en el trabajo y cabe recordar que esas normas se dividen en: convenios (o protocolos), que son tratados internacionales jurídicamente vinculantes, que pueden ser ratificados por los Estados Miembros y en recomendaciones, que actúan solo como directrices, no vinculantes.”
- agregó que nuestra ley concursal cumple con el Convenio 173 de la OIT para los créditos adeudados a los trabajadores.
- dijo que existe distinta jerarquía normativa entre las Recomendaciones, que no resultan vinculantes para el país, frente a los Convenios internacionales que sí lo son”.
- por ello “la Recomendación N° 180 de la O.I.T que extiende tal protección a los últimos 12 meses no solo no resulta vinculante para nuestro país, sino que solo expresa una aspiración de máxima, que nuestro legislador, aún, no ha considerado apropiada para nuestra realidad socioeconómica. Es claro pues, que no se trata de una norma material vinculante y que, de ningún modo, ostenta rango constitucional.”

#### IV. ALGUNAS CONCLUSIONES

A modo de síntesis de lo expuesto:

- Se advierte un cambio de la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a los privilegios concursales laborales acorde con la constitucionalización del derecho privado y la influencia de los tratados internacionales.
- El Convenio N° 173 de la OIT (ley 24.285) tiene rango superior a las leyes (cfr. art. 75 inc. 22 CN).
- Los créditos fiscales con privilegio general limitado deben ser postergados frente a las acreencias de origen laboral que son privilegiados generales ilimitados.
- El privilegio especial prendario es postergado por el privilegio especial laboral, excepto que éste sea posterior a la constitución de la prenda.
- La Recomendación N° 180 de la O.I.T que extiende tal protección a los últimos 12 meses no tiene rango constitucional y no es vinculante para nuestro país.

---

# La falta de operatividad de las convenciones por ausencia de reglamentación interna. El pago adelantado de indemnizaciones.

Autor: **Fabián Pablo Schinca**<sup>1</sup>

---

**SUMARIO:** I. Introducción. – II. El convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Montreal, 28 de mayo de 1999) y los pagos adelantados de indemnizaciones. – III. *De lege ferenda*

## RESUMEN

El Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (Montreal, 28 de mayo de 1999), entre las novedades que introduce, establece para el caso de accidentes de aviación del que resulte la muerte o lesión de pasajeros, pagos adelantados a quien tenga derecho a reclamar la indemnización, sin demoras, para satisfacer sus necesidades económicas inmediatas, siempre que así lo exija una ley nacional. Agrega que esos pagos no constituirán un reconocimiento de responsabilidad y que podrán ser deducidos de toda cantidad pagada posteriormente como indemnización.

En este trabajo analizo el alcance de esa exigencia, con arreglo a normas internas e internacionales de derecho público y privado, y concluyo en que los pagos adelantados resultan plenamente operativos, siendo necesaria una regulación nacional que defina su alcance; cuyo proyecto postulo.

## PALABRAS CLAVE

Convenio Montreal 1999 – pagos adelantados de indemnizaciones asistencia a víctimas y familiares – muerte o lesiones de pasajeros - accidentes de aviación

---

<sup>1</sup> \* Especialista en Derecho Aeronáutico y Espacial (INDAE) y en Asesoría Jurídica de Empresas (UBA). Director del Instituto de Derecho Aeronáutico y Espacial del Colegio de Abogados de San Isidro. [fabianschinca@gmail.com](mailto:fabianschinca@gmail.com)

## I. INTRODUCCIÓN

De los principios constitutivos del derecho aeronáutico<sup>2</sup>, “la convención internacional ocupa un papel preponderante”<sup>3</sup>, en tanto les imprime a las legislaciones nacionales la uniformidad necesaria para que el transporte aéreo se desarrolle de modo eficiente, ordenado y seguro, a niveles internacionalmente aceptables.

La “identidad del hecho técnico exige que esas legislaciones posean un mínimo de uniformidad, porque de lo contrario la celeridad y el dinamismo que caracterizan al medio aéreo resultarían interferidos por normas y reglamentaciones de muy difícil cumplimiento eventual.”<sup>4</sup>

El Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944)<sup>5</sup>, norma sobre la cual se erige el derecho aeronáutico de los últimos 78 años, establece el compromiso de los Estados contratantes a colaborar en lograr el más alto grado de uniformidad en sus reglamentos, normas, procedimientos y organización relacionados con las aeronaves, personal, rutas aéreas y servicios auxiliares en todas las materias en que la uniformidad facilite y mejore la navegación aérea<sup>6</sup>.

A tal efecto, la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)<sup>7</sup> elabora normas, métodos recomendados<sup>8</sup> y documentos de orientación. A la vez, promueve normas y acuerdos internacionales, tales como el que es objeto de este análisis.

## II. EL CONVENIO PARA LA UNIFICACIÓN DE CIERTAS REGLAS PARA EL TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL (MONTREAL, 28 DE MAYO DE 1999) Y LOS PAGOS ADELANTADOS DE INDEMNIZACIONES.

### II.1. Antecedentes

Sabido es que el derecho va tras los hechos y el derecho aeronáutico es un claro ejemplo de ello.

En efecto, hay uniformidad en reconocer como primer vuelo humano preconcebido al vuelo en globo aerostático sobre París en 1783; el que dio lugar a una ordenanza del prefecto general de la policía (del 23 de abril de 1784) que –entre otros aspectos-, prohibía las ascensiones en globo sin autorización previa para proteger los bienes de terceros, por el riesgo que representaban –en caso de caída- los mecheros y combustibles empleados para calentar el aire.

El otro hito relevante es el primer vuelo sostenido, controlado, propulsado y sin asistencia mecánica para el despegue, de un artefacto más pesado que el aire, por los hermanos Wright en Kitty Hawk, Carolina del Norte (Estados Unidos) en 1903; que motivó la primera conferencia internacional sobre la actividad aérea, en París (1910) que aunque no arrojó una norma sino un proyecto que –Primera Guerra Mundial mediante

<sup>2</sup> *Autonomía, dinamismo, reglamentarismo, internacionalidad, integralidad y politicidad.*

<sup>3</sup> VIDELA ESCALADA, Federico “Derecho Aeronáutico” t° 1 (Buenos Aires: Zavalia, 1969), 75.

<sup>4</sup> FOLCHI, Mario O. “Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil”, t° 2 (Buenos Aires: Astrea, 2015), 254.

<sup>5</sup> Ratificado por la República argentina, ley 13891, B.O. del 15/12/1949.

<sup>6</sup> Cf. su artículo 37.

<sup>7</sup> Organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado para la aviación civil, con sede en Montreal (Canadá) que cuenta, a la fecha, con 193 estados miembros.

<sup>8</sup> Las normas y métodos recomendados se desarrollan en la OACI en comisiones (hay 8) y son aprobadas por el Consejo (integrado por 36 estados miembros, entre los que se encuentra la República Argentina) y se sistematizan, por materia, en 19 anexos. La obligatoriedad de las normas resulta del compromiso asumido por cada estado al adherir o ratificar el Convenio de Chicago; el cual contempla la posibilidad de que un estado notifique sus diferencias con aquellas (informando de qué modo regula determinada cuestión o cuándo lo hará, cf. su artículo 38).

<sup>9</sup> Ratificada por la República Argentina, ley 12152, B.O. del 7/5/1935.

(1914-1918)-, fue la base del primer convenio internacional de derecho público: el “Convenio relativo a la regulación de la navegación aérea” (París, 1919)<sup>9</sup>.

Este Convenio reconoce<sup>10</sup> la soberanía completa y exclusiva de cada potencia (sustantivo acorde a la coyuntura en que fue aprobado) sobre el espacio atmosférico por encima de su territorio y aguas territoriales adyacentes; el derecho de paso inofensivo de las aeronaves de otros estados, en tiempos de paz; el derecho de los estados a establecer restricciones y prohibiciones por razones de seguridad pública, defensa nacional o mantenimiento del orden interno y regula cuestiones relacionadas con la nacionalidad, matrícula y certificación de las aeronaves, licencias del personal y radiocomunicaciones a bordo; reglas de vuelo y transportes prohibidos. También estableció la Comisión Internacional de Navegación Aérea que consecuencia de la dispar integración y votos entre los estados vencedores, vencidos y neutrales en la Primera Guerra, obstaron su labor; lo que fue paulatinamente adecuado con el tiempo.

En materia de derecho internacional privado, la primera conferencia sobre aviación tuvo lugar en París en 1925 y aunque –al igual que la de 1910- no concluyó en un convenio, sentó las bases para la unificación de las soluciones a los problemas jurídicos aeronáuticos en el ámbito del derecho privado y la creación del CITEJA (Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aeronáuticos, por su sigla en francés).

El CITEJA, en su tercera sesión (Madrid, 1928) presentó un “Anteproyecto de convención relativa a los documentos de transporte y a la responsabilidad del transportador en los transportes internacionales por aeronaves”; que fue motivo de una conferencia internacional convocada al efecto que se reunió en Varsovia (1929) y aprobó su versión final, la “Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional”<sup>11</sup>.

## II.2. El “Sistema de Varsovia”

El Convenio de Varsovia (1929) constituye “un hito en la historia no ya del derecho aeronáutico, sino del derecho internacional en general: fue el primer tratado internacional en establecer un régimen jurídico que centró su atención en la persona humana y no en los Estados como tales, y pese a la falta de antecedentes legales en el tema de responsabilidad aérea tuvo un éxito asombroso. Más de ciento cincuenta naciones lo han ratificado y al decir de un autor ‘ha devenido el tratado de derecho internacional privado más ampliamente adoptado en la historia de la humanidad’”<sup>12</sup>.

Luongo reseña el contexto histórico en que dicho Convenio fue aprobado. El primer vuelo se había realizado 26 años antes; hacía 20 que se había cruzado por primera vez el Canal de la Mancha y apenas 2 que se había cruzado el océano Atlántico en solitario y sin escalas; “la aviación comercial era auténticamente una aventura peligrosa.”<sup>13</sup>

La convención procuró alcanzar un equilibrio entre el nuevo riesgo creado y cierta previsibilidad en las consecuencias de los infortunios, de modo que el desarrollo de la incipiente industria que ya evidenciaba sus beneficios no fuera afectado en caso de algún accidente, frecuentes entonces, que motivaran indemnizaciones que pusieran en riesgo el futuro del transportista involucrado que, por entonces, encontraba dificultades para que las aseguradoras le otorgaran cobertura<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> El verbo empleado “da a entender que la soberanía del espacio aéreo propio a ejercer por parte de cada Estado no es un derecho que le sea concedido por el Convenio, sino que es algo de naturaleza preexistente e independiente de la voluntad de los firmantes” - LUONGO, Norberto E. “Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo” (Buenos Aires: Ad Hoc, 2009), 46.

<sup>11</sup> Ratificada por la República Argentina, ley 14111, B.O. del 29/10/1951.

<sup>12</sup> LUONGO, op.cit., 52, con cita de Landry, James.

<sup>13</sup> LUONGO, op.cit., 53.

<sup>14</sup> Razón que motivó su incorporación al Convenio sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras (Roma, 1952), de muy escaso número de ratificaciones, entre ellas, por la República Argentina (ley 17404, B.O. del 1/9/1967).

Así fue como desarrolló un régimen singular de responsabilidad por daños causados en el transporte de tipo subjetiva, con inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima<sup>15</sup> (estando a cargo del transportista acreditar la existencia de algún factor de liberación de responsabilidad) y con indemnizaciones limitadas a determinados montos, según el caso de lesiones, muerte, daños, pérdida o retraso del equipaje o carga; lo que confirió previsibilidad y uniformidad a la cuestión.

Con el paso del tiempo, debido a la insuficiencia de las indemnizaciones resultantes de la aplicación del Convenio comparadas con las que resultaban de aplicar las normas nacionales, el Convenio de Varsovia fue objeto de varias modificaciones, que elevaron los montos de las indemnizaciones (incluso, reemplazando la unidad de medida<sup>16</sup>); las que fueron integrando un plexo normativo conocido como “Sistema de Varsovia”.

Las sucesivas elevaciones de los montos indemnizatorios no superaron por completo los cuestionamientos; de modo tal que ciertos estados dejaron de aplicarlo, cuantificando las indemnizaciones conforme su derecho interno o alternativas tales como la “iniciativa japonesa”, los acuerdos Inter empresarios de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA, por su sigla en inglés) o la Resolución 2027/1997 de la Unión Europea.

Así fue como a instancias de la OACI, en la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios convocada al efecto en Montreal, el 28 de mayo de 1999 se aprobó el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional (en adelante, CM99) que actualiza y consolida las normas del Sistema de Varsovia, por entonces dispersas en 8 convenios internacionales<sup>17</sup>.

### II.3. Innovaciones introducidas por el convenio de Montreal, 1999 (CM99)

El alto nivel de adhesión alcanzado por este Convenio<sup>18</sup> es consecuencia de las importantes innovaciones introducidas: suprime el límite a las indemnizaciones por daños a los pasajeros<sup>19</sup>; en caso de accidente del que resulte muerte o lesiones al pasajero, establece pagos adelantados a cuenta de la indemnización que posteriormente se determine<sup>20</sup>; adopta los derechos especiales de giro (DEG) como unidad de medida<sup>21</sup> y prevé la actualización periódica de los límites indemnizatorios<sup>22</sup>; simplifica los requisitos de los documentos de transporte, dando lugar a los documentos electrónicos<sup>23</sup> y al transportista de hecho<sup>24</sup>; amplía la jurisdicción para las reclamaciones<sup>25</sup>; introduce el arbitraje (convenio mediante) para las controversias que versen sobre

<sup>15</sup> LUONGO, *op.cit.*, 56.

<sup>16</sup> Franco Poincaré (Varsovia, 1929), franco oro (Protocolo de La Haya, 1955 –ratificado por la República Argentina por la ley 17386, B.O. del 16/8/1967- y el Convenio complementario del Convenio de Varsovia, Guadalajara, 1961, no ratificado por nuestro país) y derechos especiales de giro (Protocolos adicionales 1, 2, 3 y 4 de Montreal, 1975, ratificado por la República Argentina por la ley 23556, B.O. del 12/7/1988).

<sup>17</sup> Este Convenio entró en vigor en 4 de noviembre de 2003 (tras la 30° ratificación, conforme sus previsiones) y fue ratificado por la República Argentina mediante la ley 26.451, B.O. del 13/1/2009.

<sup>18</sup> A la fecha, 139 de los 193 estados que integran la OACI.

<sup>19</sup> El Convenio, en su artículo 21, introduce un sistema singular: responsabilidad objetiva del transportista con inversión de la carga de la prueba hasta determinado monto y por encima de este, la carga de la prueba incumbe al reclamante. Los límites indemnizatorios permanecen respecto a la carga, equipajes, retrasos.

<sup>20</sup> Sujeto a que la ley nacional así lo exija, sobre lo que abundo más adelante y es objeto de este análisis (v. su artículo 28).

<sup>21</sup> Sus artículos 21 a 23.

<sup>22</sup> Cada 5 años de acuerdo al índice de inflación promedio de los Estados cuyas monedas constituyen el DEG (cf. artículo 24); estas son: dólar estadounidense, euro, libra esterlina, yen y renminbi (yuan).

<sup>23</sup> E-ticket y E-airwaybill (e-AWB) o e-freight, impulsada por la IATA.

<sup>24</sup> Sus artículos 39 y 40.

<sup>25</sup> Su artículo 46.

el transporte de carga<sup>26</sup> y establece la obligatoriedad de los transportistas de contratar un seguro adecuado que cubra su responsabilidad<sup>27</sup>.

Las novedades del CM99 impactan de diversas formas en el ordenamiento jurídico argentino.

La más sensible, el dispar régimen de responsabilidad por daños en el transporte; en el cual, el Código Aeronáutico (en adelante, CA)<sup>28</sup> -al no haberse actualizado- mantiene las directrices del Convenio de Varsovia (1929), consagrando la limitación de las indemnizaciones por los daños a los pasajeros, equipajes y carga y la exculpación del transportista solo en los casos en que acredite su debida diligencia<sup>29</sup>. También difiere en esta materia la unidad de medida, en tanto ha adoptado el argentino oro<sup>30</sup>, lo que -cual *rara avis* en la legislación nacional- mantiene actualizado, en forma periódica, los topes indemnizatorios. En cuanto a la obligatoriedad de la cobertura de riesgos, el Código -siguiendo al Convenio de Roma (1952)- la exige, aunque en términos reprochables<sup>31</sup>.

Propio del carácter formal que imprimió al contrato de transporte, la falta de expedición del billete de pasaje no perjudica su existencia ni validez, pero motiva la inaplicabilidad de los límites de las indemnizaciones<sup>32</sup>.

De las otras innovaciones, el transportista de hecho ya era reconocido por el CA<sup>33</sup> y el arbitraje -en tanto el propio CM99 establece la vía convencional para instrumentarlo- merece el mismo tratamiento que en nuestro derecho común<sup>34</sup>

La ampliación de la jurisdicción, allende la territorialidad establecida por el CA, encuentra una solución semejante también en nuestra ley de fondo<sup>35</sup>. Lo contrario ocurre en el caso de la última de las novedades apuntadas, los pagos anticipados de indemnizaciones; a lo que me refiero a continuación.

## II.4. Los pagos adelantados de indemnizaciones

II.4.1. Aunque la responsabilidad en el contrato de transporte aéreo es objetiva, tanto la determinación de las indemnizaciones en favor de las víctimas o sus causahabientes como la acreditación de los eximentes o atenuantes de la responsabilidad del transportista requieren mucho tiempo -años-, tanto el reclamo se realice extrajudicial o judicialmente.

II.4.2. Para paliar esta situación, el CM99 establece que en caso de accidente del que resulte muerte o lesión del pasajero, *si lo exige su ley nacional*, el transportista hará pagos adelantados sin demora, a quien tenga derecho a reclamar indemnización, *a fin de satisfacer sus necesidades económicas inmediatas*. Estos

<sup>26</sup> Su artículo 34.

<sup>27</sup> Su artículo 50.

<sup>28</sup> Ley 17285, B.O. del 23/5/1967.

<sup>29</sup> Cf. artículo 142 CA.

<sup>30</sup> Creado por la ley 1130 del 3/11/1881, de unificación de la amonedación nacional y estableció su convertibilidad con la moneda nacional durante 30 años, con breves interrupciones ([https://www.bcra.gob.ar/MediosPago/Moneda\\_Argentinos\\_Oro\\_1881\\_1896.asp#:~:text=En%201881%20se%20sancion%C3%B3%20la,Ingl%C3%A9s%20\(99%2C12%25, acceso 7/12/2022\)](https://www.bcra.gob.ar/MediosPago/Moneda_Argentinos_Oro_1881_1896.asp#:~:text=En%201881%20se%20sancion%C3%B3%20la,Ingl%C3%A9s%20(99%2C12%25, acceso 7/12/2022))). Aunque dejó de acuñarse, constituye reserva de valor y el Banco Central de la República Argentina actualiza su cotización trimestralmente. A la fecha un argentino oro equivale a \$57.468,42 (4to trimestre 2022, cf. [https://www.bcra.gob.ar/publicacionesestadisticas/cotizacion\\_argentino\\_oro.asp, acceso 7/12/2022](https://www.bcra.gob.ar/publicacionesestadisticas/cotizacion_argentino_oro.asp, acceso 7/12/2022)).

<sup>31</sup> El monto de la cobertura se relaciona con el peso de la aeronave (v. art. 160 CA) en lugar de la entidad del daño.

<sup>32</sup> Cf. artículo 114 CA.

<sup>33</sup> Su artículo 153, segundo párrafo.

<sup>34</sup> Cf. artículo 1649 y ss del Código Civil y Comercial (CCC).

<sup>35</sup> Cf. artículo 2656 inciso b), CCC.

pagos no constituirán un reconocimiento de responsabilidad y podrán ser deducidos de toda cantidad que posteriormente se determine como indemnización<sup>36</sup>.

Pocas líneas encierran muchas cuestiones:

La ocurrencia de muerte o lesión al pasajero en caso de accidente<sup>37</sup>;

La exigencia del pago anticipado por una ley del estado del transportista;

Su destino es satisfacer necesidades económicas inmediatas<sup>38</sup>;

No supone responsabilidad del transportista y

Podrá ser deducido de la indemnización que se establezca<sup>39</sup>.

De las expuestas, me limito a la que se relaciona con la cuestión motivo de este análisis; esto es, la exigencia de una ley nacional que exija a los transportistas de bandera argentina realizar estos pagos adelantados.

II.4.3. En cuanto al carácter de la ley nacional exigida por el Convenio, entiendo que la referencia es a una ley en sentido material por cuanto, en tanto Estado soberano, resultaría inadmisibles que un tratado exija un tipo de norma interna determinada para que sus previsiones resulten plenamente operativas.

A propósito, la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados<sup>40</sup> consagra como regla de interpretación que “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”<sup>41</sup>; extremo que no surge de la CM99.

II.4.4. A poco menos de 10 años de la entrada en vigencia del CM99<sup>42</sup> y frente a la ausencia de la norma nacional exigida respecto a los pagos adelantados, me propongo analizar si tal carencia a efectos de la su operatividad.

Adelanto cuatro escenarios que pueden concurrir en caso de que un accidente de lugar a los pagos en cuestión: 1) el cumplimiento voluntario de aquellos por parte de la aseguradora del transportista; 2) a través de la respuesta que brinda el CA, 3) por la “permeabilidad” al derecho internacional por nuestro derecho interno a partir de la reforma a la Constitución Nacional de 1994 y 4) mediante una medida autosatisfactiva.

II.4.5. El primer supuesto, del cumplimiento voluntario del asegurador, es el que menor interés reviste para este análisis y no merece mayor referencia a que “esta obligación indemnizatoria, es ampliamente reconocida por el mundo asegurador, el que contempla entre sus prácticas habituales la entrega a los damnificados de sumas con virtualidad suficiente para atender a sus exigencias inmediatas<sup>43</sup> y que responde a la

---

<sup>36</sup> Cf. su artículo 28.

<sup>37</sup> Viene al caso señalar que el daño resarcible es más amplio en derecho interno que en el internacional, sea bajo el Sistema de Varsovia o la CM99 (v. artículos 139 CA y 1 de la resolución MEyOySP n° 1532/1998).

<sup>38</sup> Su cuantificación dependerá de las condiciones personales de cada víctima por cuanto las “necesidades económicas” varían según la subjetividad de cada damnificado. El Reglamento (CE) n° 889/2002 regula el concepto de “sin demora” fijando el plazo de 15 días a partir del accidente y el monto máximo de estos pagos, fijándolo en el equivalente a los 16.000 DEG (su artículo 1 inciso 10, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002R0889&from=ES>, acceso 7/12/2022).

<sup>39</sup> De lo que se infiere que podrían dar derecho a reembolso.

<sup>40</sup> Ratificado por la República Argentina, ley 19865, B.O. del 11/1/1973.

<sup>41</sup> Cf. su artículo 31 punto 4.

<sup>42</sup> Considerando la fecha en que se realizó el depósito del instrumento de ratificación ante la OACI (cf. artículo 53 inciso 5, CM99).

<sup>43</sup> COSENTINO, Eduardo T. “La Convención de Montreal de 1999 y su tratamiento en la Unión Europea y América Latina”, ponencia en las XXXV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico, del Espacio y de la Aviación Comercial,

Resolución n° 2 del Acta Final de la Conferencia Diplomática que aprobó la CM99 que “insta a los transportistas a hacer pagos adelantados sin demora, en función de las necesidades económicas inmediatas de las familias de las víctimas o sobrevivientes de accidentes aéreos y alienta a los Estados Partes del nuevo tratado a tomar las medidas apropiadas en sus legislaciones, para promover esa actitud de los transportistas.”<sup>44</sup>

Consecuencia del accidente de LAPA en el Aeroparque “Jorge Newbery” (31 de agosto de 1999), aun no estando vigente el CM99 ni norma positiva alguna, “los reaseguradores resolvieron frente a los reclamos formulados, otorgar ‘pagos anticipados’ para cubrir las necesidades más imperiosas de los lesionados, o de los herederos de los pasajeros fallecidos”<sup>45</sup>; precedente sobre el que abundo a continuación.

II.4.6. El segundo supuesto radica en analizar si el CA permite, de algún modo, tornar exigibles los pagos adelantados y entiendo que, a través de su artículo 2<sup>46</sup>, encuentra respuesta favorable.

En tal sentido resulta oportuno reparar en que el artículo no establece una pauta de interpretación sino de resolución<sup>47</sup>, indicando al juzgador el modo de resolver la cuestión no prevista en el código.

Toda vez que el CA en materia de responsabilidad por daños en el transporte sigue los lineamientos del Convenio de Varsovia, pero adoptando una unidad de medida nacional<sup>48</sup>, está claro que carece de previsiones sobre pagos adelantados los que –como ya señalé– constituyen una de las novedades del CM99; de modo que, siguiendo las directrices del artículo 2, buscaré una solución.

Cabe entonces analizar si puede estarlo en los principios generales del derecho aeronáutico; construcción doctrinaria por cuanto el CA no los establece y en los que existe unanimidad en que la internacionalidad, a través de la uniformidad o armonización normativa, forma parte de ellos<sup>49</sup>.

Aquí radica el punto de conexión entre el CA y el CM99 en cuanto la pertinencia de los pagos adelantados, pero resta develar la exigencia de una ley nacional para su admisibilidad.

Así y siguiendo el orden fijado por el artículo 2 corresponde reparar en los usos y costumbres de la actividad aérea.

Como señalé en el punto anterior, los pagos adelantados a las víctimas y sus causahabientes (aún con distintas denominaciones más con idénticos efectos), constituyen una práctica de los aseguradores en siniestros aeronáuticos de magnitud<sup>50</sup> y algunos estados ya los han incorporado a su derecho interno<sup>51</sup>.

---

Río de Janeiro, Brasil 26, 27 y 28/10/2005 (Buenos Aires, 30/1/2013, pág. 8, <https://cedaeonline.com.ar/2013/01/30/la-convencion-de-montreal-de-1999-y-su-tratamiento-en-la-union-europea-y-america-latina>).

<sup>44</sup> FOLCHI, *op.cit.*, t° 2, 270.

<sup>45</sup> COSENTINO, “El proceso de compensación del damnificado. El mecanismo de pagos adelantados. El doble sistema indemnizatorio. Proceso de integración con las causales exonerativas de responsabilidad”, Seminario relativo al Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de Montreal de 1999, Departamento Económico Empresarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 7/5/2009 (Buenos Aires, 24/9/2009, pág. 3, <https://derechoaeroespacial.org/cont documentos/ cursos/ D42.pdf>)

<sup>46</sup> Dice que: “Si una cuestión no estuviese prevista en este código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aún la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común, teniendo en consideración las circunstancias del caso...”.

<sup>47</sup> A diferencia de los artículos 2 del derogado Código Civil y del Código Civil y Comercial.

<sup>48</sup> V. nota 30.

<sup>49</sup> VIDELA ESCALADA, *op.cit.*, 40; FOLCHI, *op.cit.*, t° 1, 39; RODRÍGUEZ JURADO, Agustín “Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico” t° I (Buenos Aires: Depalma, 1986), 5.

<sup>50</sup> COSENTINO, v. notas 43 y 45.

<sup>51</sup> Reglamento (CE) n° 889/2002, ya citado, ley de aviación civil de Guatemala (decreto n° 93/2000, su artículo 94, <https://guatemala.justia.com/nacionales/leyes/ decreto-no-93-2000-dec-18-2000/gdoc/>, acceso 6/12/2022), ley de aeronáutica civil de Perú (27.261, su artículo 116.2, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/>

¿Resulta suficiente la costumbre y el derecho comparado para superar la exigencia de una ley nacional establecida por el CM99?

En virtud de la doctrina de los propios actos<sup>52</sup>, receptada por el Código Civil y Comercial<sup>53</sup>, considero que no hay duda de que a aquél asegurador que realizó pagos anticipados en un infortunio le resultaría exigible que también lo haga ante la ocurrencia de otro, en tanto concurren circunstancias semejantes.

Para con el resto, estimo de interés buscar la respuesta en ciertas previsiones de la Convención de Viena ya aludida: la inoponibilidad del derecho interno para excusar el incumplimiento de un tratado<sup>54</sup>; que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe<sup>55</sup> y que la República Argentina, en el instrumento de adhesión al CM99, efectuó como reserva<sup>56</sup> una “declaración interpretativa” del alcance de la expresión “lesión corporal” contenida en el artículo 17. *Contrario sensu*, si los pagos adelantados habrían de ser rechazados o condicionados por nuestro derecho interno, la reserva formulada tendría que haberlos incluido.

II.4.7. Abona lo expuesto otro de los principios constitutivos del derecho aeronáutico, la integralidad, en la que confluyen normas de derecho público y privado, que impone cerrar este análisis desde una “perspectiva constitucional”.

Resultando ocioso para el propósito de este análisis discurrir en que “la relación entre derecho internacional y derecho interno, en orden al tema de las fuentes da lugar a dos posturas fundamentales: el monismo y el dualismo”<sup>57</sup>, en tanto el CM99 fue ratificado por la ley 26451, por imperio del artículo 75 inciso 22), primer párrafo *in fine*, de la Constitución Nacional –en mi opinión–, la ratificación del Convención –con la sola reserva señalada anteriormente–, tornó operativos los pagos anticipados; resultando conveniente su reglamentación para la unificación o armonización con las legislaciones extranjeras.

Considero que la solución que postulo conecta con la doctrina sentada por la Corte Suprema de la Nación en el caso “Ekmedjian”<sup>58</sup>, donde precisó que “la necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contaria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo 27”.

Feldstein de Cárdenas explica que “en este caso, no existía norma legal que contradijera las disposiciones de un tratado, sino ausencia de norma que reglamentara un derecho cuyo reconocimiento y respeto había asumido el Estado por la citada Convención, por cuanto la CSJN parte del análisis de si dicha dispo-

document/file/474863/Ley\_de\_Aeronautica\_Civil\_27261.pdf, acceso 6/12/2022) y decreto legislativo n° 4/2009 de Cabo Verde (su artículo 214.1, <https://www.aac.cv/documentos/legislative-decree-no42009-of-september-7-amending-legislative-decree-no-12001-of-august-20>, acceso 6/7/2022).

<sup>52</sup> Resulta “inadmisibile la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

<sup>53</sup> Su artículo 1067.

<sup>54</sup> Su artículo 27.

<sup>55</sup> Su artículo 26.

<sup>56</sup> Cf. sus artículos 19, 21 y 23.

<sup>57</sup> “El monismo afirma que entre derecho internacional y derecho interno existe unidad de orden jurídico y, por ende, unidad en el sistema de fuentes. Las fuentes del derecho internacional son automáticamente y por sí mismas fuentes del derecho interno, con lo cual el derecho internacional penetra y se incorpora directamente en el derecho interno. El dualismo afirma que hay dualidad de órdenes jurídicos, e incomunicación entre ambos. Cada uno posee su propio sistema de fuentes, con lo que las fuentes del derecho internacional no funcionan directamente como fuentes del derecho interno. Para que se opere la incorporación del primero al segundo, hace falta que una fuente interna dé recepción al derecho internacional. La fuente de derecho interno hace de colador o filtro para dejar pasar al derecho internacional, y en ese tránsito produce la novación o conversión del derecho internacional en derecho interno.” (BIDART CAMPOS, Germán J. “Manual de la Constitución Reformada”, t° I (Buenos Aires: Ediar, 1996), 285.

<sup>58</sup> “Recurso de hecho: Ekmedjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros” del 7/7/1992 en Fallos 315:1492.

sición resulta operativa o programática.”; dando cuenta que “se consagra la superioridad jerárquica del tratado internacional por encima de la ley interna, es decir, el legislador adhiere a la teoría del monismo con supremacía relativa del derecho internacional, estableciendo que el tratado se encuentra en una situación infraconstitucional aunque supralegal.”<sup>59</sup>

Por todo lo expuesto soy de opinión que los pagos adelantados establecidos por el artículo 28 del CM99 se encuentran operativos, resultando conveniente la regulación de sus aspectos programáticos<sup>60</sup>.

II.4.8. Resuelto el planteo inicial, cabe ahora tratar la acción para exigir su cumplimiento y coincido con Bianchi<sup>61</sup> y Romualdi<sup>62</sup> en la procedencia de las medidas autosatisfactivas al efecto; sin soslayar que constituyen una creación pretoriana de naturaleza procesal, que la doctrina mayoritaria las auspicia<sup>63</sup> y que en nuestro país solamente ha sido incorporada a los códigos de procedimientos de 7 provincias<sup>64</sup>.

Se las define como “aquel requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva– con su despacho favorable, sin ser, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma”<sup>65</sup>.

De acuerdo con los códigos de procedimiento que las han incorporado (que, con matices, receptan la doctrina y jurisprudencia mayoritaria) requieren probabilidad (y no simple) verosimilitud del derecho invocado; peligro en la demora; perjuicio irreparable y contracautela<sup>66</sup>. En el proyecto de reforma al código de la Nación (2019)<sup>67</sup> se requiere tal grado de urgencia en la obtención de la medida que, de no ser adoptada de inmediato, causará al peticionante la frustración del derecho y daño irreparable; que la prueba brinde una elevada probabilidad con respecto a la existencia de los hechos y no requieran amplitud de debate o complejidad probatoria y el otorgamiento de contracautela, si esta tutela de urgencia importare un desplazamiento de derechos patrimoniales.

Siguiendo a Morello: “si el juez adquiere en los estudios preliminares del juicio un conocimiento cierto y suficiente acerca de los hechos conducentes y se encuentra en aptitud de anticipar la tutela provisional en ese tramo anterior, ¿qué le impide hacerlo? El tiempo de la justicia en esos supuestos se anticipa y no debe esperar a la sentencia definitiva. Postergar la solución sería malograr la tutela debida, que es continua y debe proveerse según las circunstancias de ese preciso y apropiado instante y no después”<sup>68</sup>.

<sup>59</sup> V. nota 1.

<sup>60</sup> Por ejemplo, legitimados activos y pasivos, oportunidad, montos mínimos y plazos máximos, procedimiento, recursos y sanciones en caso de incumplimiento, por citar solo los que estimo más relevantes.

<sup>61</sup> BIANCHI, Juan Manuel Jorge “La operatividad del art. 28 del Convenio de Montreal de 1999 en el derecho positivo argentino”, *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico* n° 27 (Buenos Aires, octubre 2015, <https://www.rlada.com/pop.php?option=articulo&Hash=00d88e6f2be91da8e5423e539cb9178d>).

<sup>62</sup> ROMUALDI, Emilio E. “Pago inmediato de ciertos daños derivados de la deficiente prestación del contrato de transporte”, citado por Bianchi en la nota anterior.

<sup>63</sup> A favor: Jorge W. PEYRANO, Roland ARAZI, Roberto O. BERIZONCE, Mabel DE LOS SANTOS, Augusto M. MORELLO, Mario E. KAMINKER, entre otros. En contra: Adolfo ALVARADO VELLOSO.

<sup>64</sup> Chaco, Formosa, Santiago del Estero, San Juan, La Pampa, Corrientes y Santa Fe (sólo para casos de violencia familiar).

<sup>65</sup> PEYRANO, Jorge W. “Medidas Autosatisfactivas” (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999), 13.

<sup>66</sup> Cf. artículo 232 bis de la ley 5745 (Corrientes, <https://hcdcorrientes.gov.ar/leyes-diputados/Ley5745.pdf>, acceso 7/12/2022); 305 de la ley 1828 (La Pampa, [https://justicia.lapampa.gob.ar/images/Biblioteca/C%C3%93DIGO\\_PROCESAL\\_CIVIL\\_Y\\_COMERCIAL\\_de\\_La\\_Pampa.pdf](https://justicia.lapampa.gob.ar/images/Biblioteca/C%C3%93DIGO_PROCESAL_CIVIL_Y_COMERCIAL_de_La_Pampa.pdf), acceso 7/12/2022); 242 de la ley 988 (San Juan, [https://leyes-ar.com/codigo\\_procesal\\_civil\\_y\\_comercial\\_san\\_juan/242.htm](https://leyes-ar.com/codigo_procesal_civil_y_comercial_san_juan/242.htm), acceso 7/12/2022); 232 bis de la ley 1445 (Formosa, [https://leyes-ar.com/codigo\\_procesal\\_civil\\_y\\_comercial\\_formosa/232%20bis.htm](https://leyes-ar.com/codigo_procesal_civil_y_comercial_formosa/232%20bis.htm), acceso 7/12/2022).

<sup>67</sup> Cf. sus artículos 438 y 439 (<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2661>, acceso 6/12/2022).

<sup>68</sup> MORELLO, Augusto M. “Anticipación de la tutela” (Buenos Aires: Platense, 1996), 9/10.

A todo evento, su ausencia de regulación expresa en las normas rituales no resulta óbice para su aplicación por imperio de lo establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional<sup>69</sup>.

## II.5. Conclusión

En orden a todo lo expuesto, entiendo que los pagos anticipados de indemnizaciones a víctimas de accidentes de aviación y a sus causahabientes, establecido en el artículo 28 del CM99 a fin de satisfacer sus necesidades económicas inmediatas, resulta plenamente operativo.

En consecuencia, encontrándose el derecho al cobro reconocido expresamente en la CM99, su legitimado cuenta ya no con verosimilitud ni probabilidad, sino con certeza de aquél; llenando plenamente el requisito del derecho sustancial relativo a su admisibilidad.

En cuanto a que el peligro en la demora importe un perjuicio irreparable o que la tutela sea imprescindible para evitar la frustración del derecho, supuesto de hecho, se impone a estar a que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro del daño<sup>70</sup> y en esta cuestión, el derecho más que verosímil resulta cierto.

Respecto a la vía procesal para su ejercicio, por todo lo expuesto, la medida autosatisfactiva se presenta con la más eficiente.

## III. DE LEGE FERENDA

III.1. Lo expuesto hasta aquí permite dar respuesta a la operatividad de los pagos anticipados pero no a su alcance, resultando menester su regulación; aspecto que –entiendo– ha sido el propósito del CM99, de modo a que cada Estado regule, conforme a su derecho interno sus aspectos programáticos, esto es: legitimados, oportunidad, cuantía, procedimiento, sanciones para casos de incumplimiento y reembolso, sin agotar su enunciación.

Cabe referir que –en mi opinión– ninguno de los últimos proyectos de reforma al Código Aeronáutico desarrolla la cuestión de modo integral ni acabado; en tanto han soslayado varios de los extremos apuntados en el párrafo anterior<sup>71</sup>.

A tal fin, analizando el derecho comparado y las normas y métodos recomendados del Anexo 9 – Facilitación al Convenio de Chicago<sup>72</sup>, postulo el siguiente texto:

<sup>69</sup> *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesiones, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley...”*.

<sup>70</sup> SCJ de Buenos Aires, “Asociación Civil Ambiente Sur c/ Municipalidad de Avellaneda s/ Acción de amparo”, B 65269 RSI-375-03-I del 19/3/2002, Juba sumario B4001963; Capel.CC 2ª La Plata, sala I, “Zanini, Juan Carlos c/ Zanini, Cristina Susana s/ Cobro sumario sumas dinero”, 105633 RSI-233-5-I del 27/10/2005, Juba B255895; entre otros).

<sup>71</sup> El Proyecto de Griselda CAPALDO, en su artículo 338, recepta al artículo 28 del CM99 sin regular ningún aspecto relacionado a estos pagos (Proyecto ICAO-ARG/07/803, Buenos Aires, 3/12/2010, <https://cedaeon.line.com.ar/wp-content/uploads/2013/06/proyecto-cc3b3digo-aeronc3a1utico.pdf>); el de Mario FOLCHI trata la cuestión en su artículo 323, también en términos semejantes al Convenio incorporando, exclusivamente, “un lapso no mayor de tres meses de ocurrido el accidente” para realizar el pago (<https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Proy.CA%20Folchi.pdf>).

<sup>72</sup> “Los Estados contratantes deberán establecer legislación, reglamentación y/o políticas en materia de asistencia a las víctimas de accidentes de aviación y sus familiares” (Capítulo 8, párrafo 8.47) y su método recomendado: “Los Estados contratantes deberían asegurarse de que cada explotador de aeronave o aeropuerto, según corresponda, elaboren planes adecuados para prestar asistencia oportuna y efectiva a las víctimas de accidentes de aviación y sus familiares”.

*“Pagos anticipados: Cuando de un accidente de aviación resulte la muerte o lesión de algún pasajero, el explotador y su asegurador, en forma solidaria, harán pagos adelantados a las víctimas o sus causahabientes, dentro de los 3 (tres) meses de la fecha del accidente. En el supuesto en que no hubiera noticia de la aeronave en vuelo luego de las 24 horas del horario programado para su arribo a destino, al solo efecto de esta previsión, se considerará dicha oportunidad como fecha del accidente. Los pagos adelantados estarán destinados a atender las necesidades económicas inmediatas, exclusivamente y no superarán el equivalente en moneda de curso legal a los 100 (cien) argentinos oro al momento del efectivo pago.*

*Los pagos adelantados no constituyen un reconocimiento de responsabilidad y podrán ser deducidos de toda cantidad o indemnización que posteriormente se establezca a cargo del explotador por causa del accidente; dando lugar, en su caso, al derecho a reembolso.*

*Legitimación: Se encuentran legitimados a reclamar estos pagos, además de la víctima, sus causahabientes; sin necesidad de declaración ni reconocimiento judicial alguno al efecto. En ausencia de documentación que permita acreditar el carácter invocado de modo inequívoco, quien realice el pago podrá requerir contracautela o garantía suficiente.*

*Procedimiento: Los pagos anticipados podrán ser acordados en forma privada entre los interesados, resultando estas previsiones pautas mínimas indisponibles. Toda controversia al respecto tramitará por el procedimiento de conocimiento más abreviado de la jurisdicción por ante la cual tramite, sin mediación prejudicial obligatoria y con beneficio de litigar sin gastos de pleno derecho en favor de la víctima o sus causahabientes.*

*Sanción por incumplimiento: En caso de que el explotador o asegurador demore el pago anticipado sin causa justificada, será sancionado con una multa a establecer judicialmente entre el 5 y el 10% del monto abonado, convenido o determinado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.”*

### III.2. Apenas unas aclaraciones al respecto.

El texto propuesto procura armonizar con el texto del Código Aeronáutico y el de otros cuerpos normativos nacionales.

III.2.1. Así, alude al transportista como explotador y establece la cuantía de los pagos anticipados en argentinos oro.

III.2.2. Como legitimado pasivo, además del transportista se incluye al asegurador en forma solidaria, puesto que es el que –de ordinario– abona las indemnizaciones en virtud de la cobertura de riesgos impuesta por los artículos 191 a 193 del CA.

En los legitimados activos empleo la conjunción disyuntiva o frente al supuesto, hartamente probable, de que la víctima (agonizante, internada o con su capacidad disminuida consecuencia del accidente) se encuentre impedida de reclamar los pagos anticipados que se establecen en su beneficio.

En cuanto al concepto de causahabientes, entiendo que cabe tener por tales a los quienes nuestro ordenamiento jurídico les confiere derechos por causa de fallecimiento. Coherente con la finalidad asistencial de los pagos anticipados, se aclara que basta acreditar el carácter de causahabiente “sin necesidad de declaración ni reconocimiento judicial alguno”; esto es, resulta suficiente la partida correspondiente<sup>73</sup>, sin que resulte necesario a tal efecto la declaratoria de herederos ni constancia alguna del juicio sucesorio de la víctima, aunque –claro está– con estos elementos puede superarse la incertidumbre motivo de la contracautela o garantía; lo cual también permitiría disuadir a quien careciendo de legitimación procurare un provecho indebido.

III.2.3. Por ello, de mediar incertidumbre acerca de la legitimación activa del causahabiente, quien realice el pago podrá requerir contracautela (si el pago hubiera de hacerse en una actuación judicial) o garantía suficiente (vgr. un seguro de caución, en el caso que el pago fuera consecuencia de un acuerdo privado).

<sup>73</sup> Cf. artículos. 96, 511 y 512 CCC.

Además, en orden a que los pagos anticipados constituyen un pago a cuenta en la expectativa de la indemnización que habría de establecerse a favor de la víctima o sus causahabientes<sup>74</sup>, podría darse el supuesto que, por la entidad de las lesiones, la indemnización que se determine en definitiva sea inferior al monto de los pagos anticipados recibidos; lo que daría lugar al reembolso de lo pagado en exceso y en su caso, la ejecución de la contracautela o caución.

III.2.4. Considerando que en ciertos accidentes la determinación de la fecha de su ocurrencia es resultado de largos procesos (administrativos y/o judiciales), en orden a que la finalidad asistencial de los pagos adelantados requiere una reglamentación que facilite su ejecución, a ese solo efecto, se propone una fecha de accidente presunta establecida, atinadamente y con exceso, a las 24 horas de la fecha programada para el arribo a destino.

III.2.5. Se establece que la conversión de los argentinos oro a la moneda de curso legal se hará “al momento del efectivo pago” para superar las controversias, motivadas en las fluctuaciones en su cotización<sup>75</sup>, entre la fecha del accidente (como establece el CA) y la de su efectivo pago.

III.2.6. Aunque ocioso, se indica que los pagos anticipados pueden ser objeto de un acuerdo entre los interesados, los que también deben observar los requisitos establecidos en la reglamentación, cuyos plazos (3 meses contados desde la fecha del accidente) son máximos y los montos (equivalente en moneda de curso legal a 100 argentinos oro) son mínimos y en ambos casos, indisponibles.

III.2.7. Acorde a las razones de necesidad y humanitarias que lo inspiran, corresponde que las controversias que surjan al respecto se sustancien por el procedimiento más expeditivo previsto en la jurisdicción a la que se sometan.

Coherente con ello, postulo que la mediación prejudicial resulte facultativa y consecuente con la naturaleza tuitiva de estos pagos, se establece el beneficio de litigar sin gastos de pleno derecho<sup>76</sup>, para garantizar el efectivo acceso a la jurisdicción de la víctima o sus causahabientes.

III.2.8. Finalmente, dado que toda regulación sin sanción es recomendación, postulo también la sanción de multa para casos de incumplimiento o cumplimiento extemporáneo de la obligación; la cual se establecerá judicialmente y en proporción al monto del pago adelantado que se hubiera abonado, convenido (en acuerdo privado) o determinado (judicialmente y pasado en autoridad de cosa juzgada).

III.3. Sobre el instrumento normativo que incorpore esta reglamentación, algunos aspectos<sup>77</sup> merecerían ser incorporados mediante una ley formal para evitar toda controversia acerca de la facultad reglamentaria de la autoridad aeronáutica nacional<sup>78</sup>.

Sin desconocer lo opinable de la cuestión, entiendo que el reglamentarismo constitutivo del derecho aeronáutico y lo normado por el artículo 2 incisos 1) y 14) del decreto n° 1770/2007<sup>79</sup>, dan andamiaje suficiente para reconocer en la ANAC competencia para aprobar esta regulación.

## BIBLIOGRAFÍA

Bidart Campos Germán J. *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires: Ediar, 1996

<sup>74</sup> Habida cuenta que el artículo 20 del CM99 contempla excusas absolutorias, totales o parciales.

<sup>75</sup> Cada cuatrimestre el BCRA actualiza la cotización del argentino oro.

<sup>76</sup> Considero adecuada esta expresión en lugar de “beneficio de justicia gratuita” utilizado en la ley 24240 ya que, en rigor, no hay gratuidad sino transferencia de costos.

<sup>77</sup> La solidaridad del transportista y su asegurador y el establecimiento de una multa por mora o incumplimiento.

<sup>78</sup> La Administración Nacional de Aviación Civil (ANAC, cf. decreto n° 239/2007, artículo 1, B.O. del 19/3/2007).

<sup>79</sup> B.O. del 3/12/2007.

- Folchi Mario O. *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil*, Buenos Aires: Astrea, 2015
- Luongo Norberto E. *Tratado de daños y perjuicios en el transporte aéreo*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2009
- Morello, Augusto M. *Anticipación de la tutela*, Buenos Aires: Platense, 1996
- Peyrano, Jorge W. *Medidas Autosatisfactivas*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999
- Rodríguez Jurado Agustín. *Teoría y Práctica del Derecho Aeronáutico 2da. ed.*, Buenos Aires: Depalma, 1986
- Videla Escalada, Federico N. *“Derecho Aeronáutico”*, Buenos Aires: Zavalía, 1969.

---

# Control de convencionalidad y derecho del trabajo

Autor: **Dr. Guillermo Jorge Terzibachian**<sup>1</sup>

---

**SUMARIO:** I. Aclaración Previa. - II. Recordatorio. - III. Introducción. - IV. Desarrollo. - V. Antecedentes del Concepto. - VI. Antecedentes Nacionales. - VII. Conclusiones

## RESUMEN

La temática referida al control de convencionalidad ha cobrado, en lo que al derecho del trabajo se refiere, una importancia trascendental. El desarrollo progresivo de nuestra jurisprudencia laboral entre los años 2004 y 2014 (época en que comenzó un evidente retroceso en función de los cambios de la CSJN) se ha basado en gran parte en la aplicación de este instrumento que, más allá del “empujón doctrinario” que le dio la CIDH -es de destacar que en ninguno de los otros tribunales judiciales internacionales – la Corte Europea de la Derechos Humanos y/o la Corte Africana de los DDHH- existía, con anterioridad al desarrollo realizado por el tribunal americano, un concepto semejante.

El presente trabajo tiene como única intención resaltar la importancia que el conocimiento de la jurisprudencia internacional tiene para un buen desarrollo argumentativo en los procesos judiciales en nuestro país.

## PALABRAS CLAVE

Control de convencionalidad, obligatoriedad, aplicación, jueces.

---

<sup>1</sup> Abogado litigante, recibido en la Universidad de Buenos Aires, especialista en Derecho de Trabajo y maestrando por la misma universidad. Especialista en Derecho de Daños por la Universidad de Buenos Aires. Docente de la materia “Elementos de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social” en la cátedra del Dr. Mario Ackerman en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

## I.- ACLARACIÓN PREVIA

La intención del presente trabajo es esencialmente práctica, y tiene como único objeto proporcionar instrumentos a los abogados litigantes para la fundamentación de sus posiciones en juicio. Muchas veces nos remitimos directamente a los fallos por una razón de brevedad y espacio.

## II.- RECORDATORIO

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual integración, se ha expresado, respecto de la obligatoriedad de sus doctrinas, de la siguiente manera:

“... Si bien las sentencias de la Corte solo deciden los procesos concretos que le son sometidos y no resultan obligatorias para casos análogos, no es menos cierto que los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia y, por tal razón, carecen de fundamentación los pronunciamientos que se apartan injustificadamente de los precedentes del tribunal...” FGR 081000599/2007/0/17/RH009. Recurso Queja N° 17 - Imputado: Goye, Omar y otros s/administración pública. Querellante: Oficina de Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. 26/12/2017. Fallos: 340:2001.

“...La reticencia por parte de las autoridades judiciales provinciales para aplicar en su ejercicio jurisdiccional la doctrina constitucional sentada por la Corte, conlleva la lesión de los derechos con relación a los cuales se adoptó el criterio respectivo, la vulneración del derecho a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas, y acarrea dispendio jurisdiccional y el riesgo cierto -con la consiguiente gravedad institucional- de que se dicten sentencias contradictorias, por lo que la igualdad y la seguridad jurídica se ven necesariamente socavadas...” CSJ 002148/2015/RH001. Farina, Haydee Susana s/homicidio culposo. 26/12/2019. Fallos: 342:2344.

Lo que, en buen romance y más allá de subterfugios dialécticos, equivale a decir que las doctrinas de la Corte son obligatorias para los tribunales inferiores (e incluyo entre estos a los Tribunales Superiores de la Provincias), salvo (hago hincapié en esto) en los casos en que se habilitan los recursos por la causal de “arbitrariedad”.

Pido muy especialmente al lector que recuerde esta jurisprudencia y que, al terminar de leer el artículo, medite sobre ella, fundamentalmente por las razones que mencionamos en nuestras conclusiones.

## III.- INTRODUCCIÓN

La temática referida al control de convencionalidad ha cobrado, en lo que al derecho del trabajo se refiere, una importancia trascendental. El desarrollo progresivo de nuestra jurisprudencia laboral entre los años 2004 y 2014 (época en que comenzó un evidente retroceso en función de los cambios de la CSJN) se ha basado en gran parte en la aplicación de este instrumento que, más allá del “empujón doctrinario” que le dio la CIDH -es de destacar que en ninguno de los otros tribunales judiciales internacionales – la Corte Europea de la Derechos Humanos y/o la Corte Africana de los Derechos Humanos- existía, con anterioridad al desarrollo realizado por el tribunal americano, un concepto semejante.

Pero, debemos destacar que a la época en que se dictó el fallo *Almonacid Arellano vs. Chile* (origen del concepto a nivel internacional) ya tenía raigambre en nuestro país.

## IV. DESARROLLO

Gran parte del desarrollo jurisprudencial nacional tendiente al respeto de los derechos humanos se ha desarrollado en nuestro país (a partir de la década de los años 1990) a la sombra de las interpretaciones llevadas a cabo por nuestra CSJN y tribunales inferiores respecto de la obligación nacional de atenerse y

acatar las disposiciones referidas a DDHH contenida en los convenios y pactos internacionales a los que Argentina se ha adherido, todo en función de lo que se ha dado en llamar el “control de convencionalidad”.

Según Nash<sup>2</sup> “...todo el aparato de poder público está obligado siempre a aplicar las normas de origen interno de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y les den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente... En el derecho internacional, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la CADH...”

Prosigue el autor diciendo “...El control de convencionalidad, tiene aplicación en el ámbito nacional e internacional. En el ámbito internacional, dicha función la realiza la Corte IDH y consiste en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la declaración de incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH (ver, entre otros, Caso Almonacid Arellano vs. Chile). Dicha función, ha sido la principal de la Corte IDH desde su entrada en funcionamiento, ya que el tribunal interamericano es el encargado de interpretar la Convención y revisar que los actos y hechos de los Estados, que han reconocido su competencia, se ajusten a las disposiciones de la CADH...”

## V. ANTECEDENTES DEL CONCEPTO

Generalmente se dice que este concepto (“control de convencionalidad”) fue parido, por decirlo de alguna manera, por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en la causa “Almonacid Arellano vs. Chile” del año 2006.

En dicho fallo la CIDH expuso que

“...La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación realizada por el tribunal internacional, concepto reiterado luego en varias oportunidades por el mismo tribunal (de hecho hay un cuadernillo sobre el tema publicado por este) siendo destacable entre estas oportunidades la OC 27/21 que trata justamente sobre la interpretación que da la Corte en el caso de los derechos sociales, es decir la interpretación del artículo 26 de la Convención Americana interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...”<sup>3</sup>

En concreto lo que dice la Corte IDH es que los organismos públicos que tienen a su cargo la redacción, aplicación o interpretación de normas, a cualquier nivel, deben llevar a cabo un control por el cual sus decisiones (ya sea en la redacción por el legislativo o por el ejecutivo cuando existe delegación, por los órganos competentes en la aplicación o interpretación -recordemos que el Poder Ejecutivo para aplicar y hacer

<sup>2</sup> Nash, Claudio. Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, funcionario de la CIDH. Cuadernillos de Jurisprudencia de la CIDH N° 7.

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. En similar sentido, ver entre otros: Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173.

valer una norma debe interpretarla- o -y principalmente- por los jueces o funcionarios con jurisdicción o competencia para decidir y juzgar) lo sean en función y de acuerdo a las interpretaciones de la Corte Interamericana ya sea en su función contenciosa o la consultiva.

Con esa finalidad los organismos deben ya sea expulsar del sistema normativo a aquellas normas que estén en contra de la normativa del Sistema Interamericano de los DDHH -cambiando la ley si eso es necesario- o adaptar su interpretación a la llevada a cabo por la CIDH.

Para el máximo tribunal americano con competencia en temas de DDHH el control de convencionalidad debe ser realizado de oficio y en el marco de las competencias y regulaciones procesales correspondientes.

Así los expresó en los autos “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”<sup>4</sup> cuando expresó que

“...Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones...”

A lo que debemos agregar que:

a) La obligación de realizar el control de convencionalidad por jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.

Así la CIDH ha dicho que

“...Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...”<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. En similar sentido, ver entre otros: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr.180; Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr.219 y Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151.*

<sup>5</sup> Corte IDH. *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. En similar sentido, ver entre otros: Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151;*

b) Y, fundamentalmente: El control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública.

La CIDH ha sido tajante en este sentido (en una suerte de mensaje dirigido a los parlamentos o congresos y los poderes ejecutivos de los países adheridos, así como a las autoridades de los diferentes niveles de la organización nacional -Nacional, Provincial, Municipal-), su jurisprudencia ha establecido la siguiente doctrina (recordamos que obligatoria): "...Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia "todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad...'"<sup>6</sup>.

En una prieta síntesis podemos afirmar que:

1) La aprobación y ratificación de un tratado internacional obliga al Estado a velar por su cumplimiento aún por encima del ordenamiento jurídico interno.

2) Los jueces (todos) como parte del aparato del Estado están sometidos a lo que disponen los tratados.

3) Los jueces deben velar por que los tratados sean aplicados y procurar su plena efectividad.

4) Los jueces deben tener en cuenta no sólo lo que dice el tratado sino también la interpretación que de este hagan los tribunales internacionales (Corte IDH en nuestro caso) y los órganos de interpretación y/o control de estos (Ej. Comité de los DESC, Comité DDHH, Comisión de Expertos de la OIT, Comité de Libertad Sindical OIT).

## VI. ANTECEDENTES NACIONALES

Pero eso que fue novedad en el sistema de DDHH interamericano en 2006 -hito de cualquier manera fundamental- no lo es tanto para nosotros.

Pues: ¿Qué otra cosa que un control de convencionalidad es lo establecido en *Ekmekdjian c./ Sofovich*<sup>7</sup> por nuestra CSJN en 1992?

Analicemos brevemente la doctrina que de dicho antecedente jurisprudencia emana:

"...La prioridad de rangos del derecho internacional convencional sobre el derecho interno integra el ordenamiento jurídico argentino en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980... La interpretación del Pacto de San José de Costa Rica debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos... Entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el Pacto de San José de Costa Rica respecto del derecho de rectificación o respuesta, deben considerarse comprendidos las sentencias judiciales..."

De la simple lectura surge que nuestra CSJN en *Ekmekdjian*, en el año 1992, es decir 14 años antes de que la Corte IDH lo mencionaba de manera expresa, ya nos hablaba de control de convencionalidad.

---

*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311 y Caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, párr. 75.*

<sup>6</sup> Corte IDH. *Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282. En idéntico sentido Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285*

<sup>7</sup> *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros. E. 64. XXIII. 07/07/1992. Fallos: 315:1492.*

Esto adquiere ya raigambre constitucional con la reforma de 1994, en este sentido citamos el artículo 75 en sus incisos 22)<sup>8</sup> y 24).

Como surge de los tratados constitucionalizados lo son “en las condiciones de su vigencia”<sup>9</sup> que al decir de la Corte Suprema en “Giroldi”, es en función de las interpretaciones que los organismos de interpretación y control de cada uno de esos pactos o convenios -y de su jurisprudencia en su caso- realicen.

A su vez en “Chocobar”, la Corte expresa que “...las normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las del Pacto de San José de Costa Rica “resultan idóneas para interpretar el alcance [del] [...] artículo 14 de la Constitución Nacional, toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico dentro del cual una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás”.<sup>10</sup>

¿Por qué hablamos de jurisprudencia y de interpretaciones? Porque, en puridad de conceptos, la jurisprudencia surge de tribunales, es decir de un organismo con jurisdicción y competencia para resolver en derecho y que sus decisiones sean obligatorias y las interpretaciones surgen de otro tipo de organismos que tienen simplemente la competencia para interpretar el sentido de la norma, pero carecen de lo que en latín se llama “jurisdictio” o poder para declarar el derecho y que sus resoluciones resulten obligatorias.

Esta “jurisdictio”, repetimos, la tienen (o es facultad de) organismos de neto corte jurídico<sup>11</sup>, otros organismos interpretativos no la poseen, como ser la Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT o el Comité de libertad sindical que han tenido una incidencia extraordinaria en el desarrollo de la jurisprudencia laboral nacional.

Es decir: la jurisprudencia de los organismos de control y aplicación de los convenios de DDHH “constitucionalizados” es obligatoria (le guste o no a la CSJN- Vg. Ver Fontevecchia<sup>12</sup>), no solo porque están cons-

<sup>8</sup> Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. 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.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

<sup>9</sup> Causa “Giroldi, Horacio” Fallos 318:514.

<sup>10</sup> Causa “Chocobar”, Fallos: 319:324

<sup>11</sup> Entendiendo aquí “jurídico” como la facultad de interpretar y obligar en derecho en virtud de esas interpretaciones, facultad de la que carecen otros organismos internacionales como ser la Comisión de Expertos de la OIT o el Comité de Libertad sindical (entre otros) cuyas interpretaciones son meramente orientativas. Reiteramos que, en nuestro país, más allá de esa naturaleza meramente interpretativa, estas son obligatorias en la medida de la doctrina de nuestra CSJN en varios fallos que se mencionan

<sup>12</sup> CSJ368/1998(34-M) /CS1. Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos/informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

titucionalizados, sino porque al adherirnos cedimos competencia – respecto de los temas regulados por los Convenios y Pactos referidos a derechos humanos- a la Corte IDH, nos remitimos como ejemplo a la ley 23.054<sup>13</sup> por la cual nuestro país adhirió a la CADH.

En tal sentido la norma en cuestión especifica que: “... Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad...”. En buen romance esto significa que el tribunal que posee la última palabra en temas de DDHH en nuestro país es la CIDH, en la medida en que la causa llegue al mismo (lo que no es simple).

En estos casos toda la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, aún en causas en la que el país no fue parte, e inclusive las interpretaciones llevadas a cabo en las OC<sup>14</sup>.

Y en el caso de los convenios no constitucionalizados por ejemplo los de la OIT porque estos son supralegales y porque nuestra CSJN se ha expedido en tal sentido<sup>15</sup>.

Me remito primero a Ekmekdjian, eso es lo que dice cuando menciona el tratado de Viena.

Y posteriormente a otros fallos de nuestra Corte, como ser: Esposito, Miguel Ángel (fallos 327:5668); Derecho, Rene (fallos 334:1504); Ekmekdjian, Miguel (fallos 315:1492); Simón, Julio (fallos 326:2805); Fibraca (fallos 316:1669); Acosta (fallos 321:3555); Petric, Domagoj (fallos 321:885).

Y en lo referente a la jurisprudencia, o más bien interpretaciones los órganos de control e interpretación de otros convenios tenemos los de la OIT, en este caso la llamada Comisión de Expertos y el Comité de libertad sindical.

Al respecto nuestra corte se ha expresado por ejemplo en: Aquino (fallos 327:3753); Vizzoti (fallos 327:3677); Ate 1 (fallos 331:2499); Rossi, Adriana (fallos 332:2715); Pérez c./ disco (fallos 332:2715); Ate 2 (a:598 XLIII) (ate c./ municipalidad de salta s./ recurso de hecho); Apsai c./ autopistas (fallos 344:233).

Los fallos citados – a los que remitimos por razones de brevedad, en su mayoría (y fundamentalmente los que tienen que ver con derecho individual y más específicamente con el tema de riesgos del trabajo) son expresión de lo que en nuestro país se dio en llamar la “primavera laboral”, denominación que engloba a toda una serie de fallos laborales que se dieron en nuestro país entre 2004 y 2014 con otra integración de la Corte.

<sup>13</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos-ley N° 23054. Aprobación de la citada Convención, llamada Pacto de San José de Costa Rica. Sancionada: marzo 1° de 1984. Promulgada: marzo 19 de 1984. El Senado y Cámara de diputados de la Nación Argentina reunidos en congreso, etc., sancionan con fuerza de ley: Artículo 1° - Apruébase la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, cuyo texto forma parte de la presente ley. Artículo 2° - Reconócese la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención bajo condición de reciprocidad. Artículo 3° - Comuníquese al Poder Ejecutivo. Dada en la Sala de Sesiones del Congreso Argentino, en Buenos Aires, a un día del mes de marzo del año mil novecientos ochenta y cuatro.*

<sup>14</sup> *En el párrafo 36 de la OC 27/21 la CIDH recuerda a los países miembros que: “... La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesaria que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos...”.*

<sup>15</sup> *Autos: Esposito, Miguel Angel (fallos 327:5668); Derecho, Rene (fallos 334:1504); Ekmekdjian, Miguel (fallos 315:1492); Simon, julio (fallos 326:2805); Fibraca (fallos 316:1669); acosta (fallos 321:3555); Petric, Domagoj (fallos 321:885) y en lo que a derecho del trabajo se refiere podemos mencionar: Aquino (fallos 327:3753); Vizzoti (fallos 327:3677); Ate 1 (fallos 331:2499); Rossi, Adriana (fallos 332:2715); Pérez c./ disco (fallos 332:2715); ate 2 (a:598 XLIII) (Ate c./ Municipalidad de Salta s./ recurso de hecho); Apsai c./ autopistas (fallos 344:233).*

A partir de 2015 esta tendencia cedió hasta dar lugar a una suerte de “invierno del derecho laboral” con fallos, de nuestra CSJN, que poco tiene de protectorio de los trabajadores como ser Cairone, Rica en lo que a derecho individual se refiere, Orellano sobre derecho de huelga (que se debe reconocer que amplía o flexibiliza la jurisprudencia tradicional sobre quiénes son los sujetos titulares del derecho a convocar a la huelga se contrapone con la doctrina actual de la Corte IDH, bosquejada en Lagos del Campo, expresada concretamente en el OC 27/21 y desarrollada en algún fallo posterior, y respecto del cual, de haber llegado a la Corte IDH, se hubiera debido revocar), o fallos referidos al tema de riegos del trabajo como ser Expósito o Pogonza.

Muchos o casi todos estos fallos dictados desde 2015, de poder traspasar los exigentes requisitos para las peticiones individuales, podrían ser considerados inconvencionales por la Corte IDH.

Para entender cabalmente nuestra propuesta tomemos el caso de cualquier despido sin justa causa, cualquiera...

A partir de lo establecido ya a partir del fallo Lagos del Campo, pero mucho más específicamente en la OC 27/21 y la interpretación de la Corte IDH sobre que es el “derecho a trabajar”, perfectamente podría llegar a impugnarse la validez de ese despido en función de lo expresado en el parágrafo 129 de la Opinión:

“...sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice este bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías...”.

Esta doctrina implica la posibilidad, por parte del trabajador, de requerir la nulidad del despido dispuesto o bien de percibir la indemnización correspondiente a su opción.

De lo expresado surge también la posibilidad de plantear la inconvencionalidad del sistema establecido alrededor de las interpretaciones que se han llevado a cabo de nuestro artículo 245 de la LCT

O bien el tema de la Libertad Sindical, resuelto en el fallo Sipoba<sup>16</sup> entre otros:

“...77. Por ende, debe reconocerse que la función policial es básicamente civil, con las limitaciones indispensables impuestas por el cumplimiento de su función, en particular en lo referente al derecho de huelga, que debe estar limitado por tratarse de una categoría particular de trabajadores y de trabajadoras de servicios públicos indispensables. En cualquier caso, los Estados deben garantizar que los trabajadores y las trabajadoras policiales gocen del derecho a organizarse para discutir entre ellos sus condiciones de trabajo, a peticionar a sus superiores y a las autoridades y a expresarse públicamente en forma pacífica, todo lo cual es indispensable para desarrollar su conciencia profesional...”

Podemos mencionar también el tema de la opción excluyente, el de irrenunciabilidad de derechos y competencias específicas, flagrantemente violados por el pomposamente denominado “Sistema de Prevención de Riesgos del Trabajo”. El tribunal, en un solo parágrafo fulmina varias de las soluciones nacionales en este sentido, en el parágrafo 116 de la OC 27/21 que reza:

“...116. Asimismo, la Corte constata que algunos Estados miembros de la OEA han establecido una jurisdicción especializada, encargada de resolver los conflictos relacionados con los derechos laborales de las trabajadoras y los trabajadores, de naturaleza individual y colectiva. Sobre este particular, la Corte destaca que el acceso a la justicia en materia laboral requiere de un sistema de administración de justicia que reúna las siguientes características: 1) la irrenunciabilidad del derecho de los trabajadores y las trabajadoras a acudir a las autoridades judiciales competentes para someter conflictos laborales de toda índole, salvo los casos en que estén legalmente previstos otros medios de resolución de conflictos; 2) una jurisdicción especializada y con competencia exclusiva en materia laboral, conforme al número de casos y de demandas en materia laboral; 3) la aplicación de la pers-

---

<sup>16</sup> “*Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales*”. S. 909. XLVI. RHE. 11/04/2017. Fallos: 340:437

pectiva de género en la resolución de conflictos laborales; 4) la previsión de un procedimiento especializado que atienda a las particularidades de los asuntos laborales; 5) la distribución de las cargas probatorias, el análisis probatorio y la motivación de las providencias judiciales conforme a principios que compensen las desigualdades propias del mundo del trabajo, tales como el principio in dubio pro operario y el principio de favorabilidad; 6) la gratuidad de la justicia laboral y 7) la garantía del derecho de defensa especializada...”

Note el lector que la aplicación estricta de esta doctrina implicaría también la posibilidad de impugnar la competencia de la Justicia Contencioso Administrativa en los casos en que se discutan derechos laborales de los trabajadores dependientes del Estado (en cualquiera de sus jurisdicciones)-ver número 2-.

Ni hablar de la titularidad del derecho a convocar a la huelga o de las llamadas huelgas de simpatía.

En este sentido la CIDH (en la ya citada OC) he expresado que:

“...95. El derecho de huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, que pueden ejercer con independencia de sus organizaciones. Así lo precisan los citados artículos 45.c de la Carta de la OEA (derecho de huelga “por parte de los trabajadores”), 27 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (“[l]os trabajadores tienen derecho a la huelga”), y lo indican, por la deliberada ubicación de su enunciado de manera aislada de los derechos de las asociaciones sindicales, los artículos 8.b del Protocolo de San Salvador y 8.1.d del PIDESC (supra, párr. 47 y 48, y 56 a 60). De lo contrario, además, podría verse conculcada la dimensión negativa de la libertad de asociación en su faz individual. También resulta un derecho en cabeza de las asociaciones gremiales en general...”

Como se puede concluir de la simple lectura de la doctrina de la CIDH, la interpretación que hace el máximo tribunal interamericano difiere sustancialmente de la doctrina de la CSJN, bastante más restrictiva en este sentido expresada en los autos “Orellano”<sup>17</sup>, a los que nos remitimos para su análisis in extenso pero, respecto de los cuales adelantamos que limita el derecho de convocar a la huelga a los sindicatos con personería gremial, agregando a los simplemente inscriptos (aclaramos que la doctrina tradicional vigente hasta dicho fallo no reconocía el derecho a este último tipo de organizaciones).

La última mención en este sentido (no la última posibilidad existente) la haremos respecto de las llamadas “huelgas de simpatía” o de adhesión.

Recordemos que la posición tradicional en la jurisprudencia nacional era la de negarle legitimidad a este tipo de medidas de fuerza (aún en contra de la doctrina de los órganos de interpretación de la OIT, que en teoría y conforme lo expresado más arriba deberían resultar obligatorios). Esta posición traía aparejada la legitimidad de posibles sanciones a los trabajadores que se plegaran a este tipo de medidas.

A partir de lo resuelto por la CIDH en su OC 27/21, cualquier resolución que siguiera la doctrina tradicional y “legitimara” una sanción derivada de una adhesión a una medida de este tipo, carecería de fundamento legítimo.

La CIDH se ha expedido en el siguiente sentido:

“...98. Para el Comité de Libertad Sindical se entiende por huelga, por lo general, “la interrupción temporal del trabajo (o disminución) voluntaria efectuada por uno o más grupos de trabajadores con el fin de obtener reivindicaciones o rechazar exigencias o expresar quejas o de apoyar las reivindicaciones o las quejas de otros trabajadores”. El tribunal coincide con esta definición, y considera que el derecho de huelga es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y las trabajadoras, y de sus organizaciones, pues constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses

<sup>17</sup> *Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/juicio sumarísimo- 07/06/2016- Fallos: 339:760.*

económicos, sociales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador, a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social, y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras. En ese sentido, el Tribunal Europeo ha calificado a la huelga como el instrumento “más poderoso” de protección de los derechos laborales...”

En este sentido preciso y concreto, en cuanto al tema de la validez y obligatoriedad tanto de sentencias (directa o indirectamente) como de OC, es Gialdino<sup>18</sup>, quien expresa su adhesión a la posición amplia respecto de la aplicación de opiniones consultivas, jurisprudencia internacional, opiniones de órganos de control, etc., expresando que “...C. La jurisprudencia de la Corte Sup. Es rica en invocaciones a sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH. Para A. Gordillo, las opiniones consultivas de la Corte IDH, así como sus demás pronunciamientos, son obligatorios en el orden nacional, tal como, a su juicio, lo reconoció la Corte Sup. En “Gioldi” (1995) y “Arce” (1997). Más aún, ya hemos visto que el giro jurisprudencial dado por esta última en “Ekmekdjian v. Sofovich”, se apoyó, fundamentalmente, en la OC 7/86 de la Corte IDH...”

Según este autor<sup>19</sup> la plenitud de la jurisdicción y competencia de la CIDH (aún con mayor fuerza que en el caso del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos) “...significa, entonces, que, como instancia última, aquella tiene el poder de pronunciar, con efecto obligatorio la última palabra en cuanto a la aplicación o la interpretación de la Convención...”<sup>20</sup>

Dicho criterio es compartido por el mencionado maestro uruguayo Ermida Uriarte<sup>21</sup> que, en la obra citada ha dicho que “...Finalmente, tiende a imponerse un quinto criterio hermenéutico en materia de normas internacionales de derechos humanos, cual es el carácter vinculante de la interpretación efectuada por los organismos internacionales especiales de control. En otras palabras, cuando existe un órgano internacional creado expresamente para la interpretación o aplicación de un instrumento internacional, la interpretación realizada por ese órgano resulta vinculante para los otros operadores jurídicos. Por ejemplo: un país ratificante del convenio 87 no puede interpretarlo de una manera diferente in pejus a como lo hacen el Comité de Libertad sindical y la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT... Lo mismo puede decirse, mutatis mutandis, de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Internacional de derechos humanos y de la Corte Interamericana de derechos humanos, respecto de los instrumentos internacionales bajo su jurisdicción...”

## VII. CONCLUSIONES

De lo hasta aquí expuesto surge la clara influencia del llamado control de convencionalidad sobre el desarrollo de la jurisprudencia nacional, no solo en lo que al derecho del trabajo se refiere, pero si principal y fuertemente sobre este.

Reiteramos que podemos mencionar fallos como Aquino, Vizzoti, ATE I y II, Pérez, González c./ Polymat y tantos otros en los que dicho control de convencionalidad resultó un instrumento hermenéutico esencial.

Pero podemos augurar que, de seguir o retomar (más bien) nuestro Máximo Tribunal el sendero que trazó entre 2004 y 2014, la influencia de este tipo de control resultará fundamental en casos en los que se

<sup>18</sup> Gialdino, Rolando. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”. Ed. Abeledo Perrot. 1° Reimpresión 2014. Buenos Aires, Pág. 353. Punto C.

<sup>19</sup> Obra citada Pág 244 B.

<sup>20</sup> La conjunción disyuntiva “o” indica que las considera como dos funciones diferentes.

<sup>21</sup> Ermida Uriarte, Óscar. “Derechos Humanos en el Derecho Laboral Uruguayo”.

discutan despidos incausados o fundados en falsa causa, cuestiones de competencia<sup>22</sup>, despidos o sanciones derivados de participación o convocatorias a medidas de fuerza, libertad sindical, etc.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Cuadernillos de Jurisprudencia de la CIDH N° 7.

Gialdino, Rolando. “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”. Ed. Abeledo Perrot. 1° Reimpresión 2014. Buenos Aires.

Ermida Uriarte, Óscar. “Derechos Humanos en el Derecho Laboral Uruguayo”.

---

<sup>22</sup> Hemos hecho referencia al tema de la opción y, creemos que, de forma fundamental, al de la competencia laboral en cuestiones de empleo público, tema que desarrollaremos en otros trabajos.

---

# Control de Constitucionalidad: La libertad de expresión como garante del sistema republicano de gobierno.

Autor: **Blas Ignacio VIDAL**<sup>1</sup>

---

## SUMARIO:

I. Un primer acercamiento a la verdad. - II. Los discursos y la inconstitucionalidad de la censura. - III. El control de constitucionalidad en la génesis de la expresión. - IV. Un marco de responsabilidad constitucional. - V. Una conclusión contra-mayoritaria.

## RESUMEN

El presente artículo se dedicará, a la luz del control de constitucionalidad y de convencionalidad, a desarrollar el alcance de la libertad de expresión como garante del Sistema Republicano. Advertiremos que a lo largo del plexo constitucional las disposiciones que hacen a la conformación del sistema de gobierno argentino en gran medida encuentran sustento en el libre mercado de ideas, en distintos grados y de diversas formas, pero siempre resultando de fundamental importancia para el sostenimiento de las instituciones.

La democracia representativa como un ejemplo de la expresión del pueblo nos permitirá sostener la importancia de la intervención jurisdiccional para delimitar y proteger tal derecho, que a lo largo de los años lo ha hecho a través de diversos pronunciamientos que hoy transforman al control constitucional en el principal defensor de la libertad.

## PALABRAS CLAVE:

Libre mercado de ideas – Control de Constitucionalidad – Censura – Rectificación y Respuesta – Responsabilidad internacional

---

<sup>1</sup> Graduado con promedio de honor en la Universidad de Buenos Aires (UBA), se encuentra designado y actualmente en el cargo de ayudante de 2da en la UBA en la asignatura “Elementos del Derecho Constitucional”, y por el período 2021-2022 fue designado como 1er Vocal Titular en la mesa directiva de la Comisión de la Abogacía Joven del COLPROBA por el Colegio de Abogados de San Isidro (CASI), actual vicepresidente de la Comisión de la Abogacía Joven del CASI. Email: blasiovidal@gmail.com.

## I. Un primer acercamiento a la verdad

La libertad de expresión se encuentra receptada en nuestro ordenamiento principalmente en los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, como a su vez en diversos tratados de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional a través del artículo 75 inciso 22 de dicha Carta Magna. Se trata de un derecho que la jurisprudencia ha reglamentado y regulado, conformando de forma pretoriana a lo largo de los años, una doctrina en alguna medida sólida y arraigada a la luz del control de constitucionalidad y convencionalidad.

La norma fundamental en su artículo primero estipula que la Nación Argentina adopta para su gobierno el sistema representativo, republicano y federal, lo que luego será reglamentado a lo largo de todo el plexo constitucional. Lo cierto es que como ha dicho Norberto Bobbio al tratar las reglas de la democracia<sup>2</sup>, hay ciertos derechos primordiales que deben encontrar un equilibrio para poder balancear y sostener el ordenamiento. Estos derechos son principalmente el derecho a la igualdad, también reconocido como un principio constitucional, y el derecho a la libertad. En lo que refiere a la igualdad, observamos que la guía principal encuentra su cauce cuando todas las personas acceden al mismo derecho ya sea por intermedio de la discriminación positiva o la simple aplicación de las normas existentes; pero con el derecho a la libertad encontramos muchas facetas que requieren protección: su faz interior, es decir la protección de la intimidad y privacidad, y su faz exterior, que requiere la existencia de una condición activa que permita expresar y una condición pasiva que permita receptar la expresión ajena. En este punto advertimos que ambas facetas se encuentran en constante tensión puesto que exacerbar una podría ir en detrimento de la otra.

En este orden de ideas, encontramos que nuestra democracia republicana requiere que todos los habitantes de la República tengan igual derecho a elegir y ser elegidos, como así también para manifestarse y recibir las manifestaciones ajenas. Ciertamente, desde la óptica de la publicidad de los actos de gobierno, su proliferación resulta necesaria para que los habitantes puedan ejercer un control sobre sus representantes, lo cual extrapolado a todas las esferas de la expresión tiene como finalidad última el acercamiento a la verdad. A lo correcto.

Esta suerte de voluntad general que refería Rousseau<sup>3</sup> encuentra su máxima expresión a través del libre mercado de ideas, donde su tráfico continuo permite delimitar la verdad en la esfera de cada discurso en particular. Esta teoría discursiva que trata a las ideas –manifestaciones– como parte de un mercado fue elaborada por el juez Oliver Wendell Holmes<sup>4</sup>, quien fuera miembro de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, y que como advertiremos no necesariamente es infalible, pero el riesgo de su falencia aparece como menor al riesgo de la inexistencia de tal mercado. Es decir, si para que el sistema republicano funcione correctamente es necesario que todas las personas puedan expresarse libremente (en toda la amplitud de su significado) y de esta forma llegar a un resultado que se advertirá como correcto –al menos para la mayoría–, el sistema no podría tolerar una limitación al derecho de expresarse, puesto que el presupuesto mismo de la existencia de la República radica allí.

Naturalmente y como habíamos adelantado, el encuentro con la verdad puede llegar a ser relativo. No necesariamente las ideas que circulen en el mercado serán las correctas y aunque la mayoría las adopte como tal, podría darse el supuesto donde la minoría hubiera encontrado el camino correcto y la máxima que se sobreponga sobre el resto se encuentre viciada. Pero este riesgo es necesario para poder sostener un sistema de gobierno como el que ha encuadrado nuestra Carta Magna.

Normalmente pueden encontrarse como ejemplos de esta falencia los regímenes totalitarios e incluso podemos encontrar ejemplos claros como los puntualizados por Carlos Santiago Nino cuando ana-

---

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, *Doxa*, núm. 28, (2005) pp. 15-36, *Url: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa-10/>*

<sup>3</sup> Rousseau, Jean Jaques. *Contrato Social* (Madrid: Espasa Calpe, 2007 duodécima reimpresión) 49

<sup>4</sup> Sola, Juan Vicente. *Tratado de Derecho Constitucional*, vol. 2 (Buenos Aires: La Ley, 2009) 80-81

liza los juicios de Núremberg<sup>5</sup> donde el mercado de ideas ha llegado a expresarse en normas positivas hoy consideradas como antimorales. Allí, donde la discusión radica entre tendencias positivistas e iusnaturalistas, lo cierto es que el argumento trasciende el “ser” y el “deber ser”, toda vez que la norma escrita resulta contraria a principios que le son superiores. El obrar conforme una norma puede no implicar obrar conforme a derecho si hay una norma superior que se encuentra incumplida.

En este punto es cuando empieza a cobrar importancia el argumento contra-mayoritario, es decir, si una norma existente es contraria a la Carta Magna de dicho ordenamiento jurídico compete al Poder Judicial efectuar el control de constitucionalidad -y/o convencionalidad si fuera el caso- y determinar la no aplicación de aquella norma repelente a la Constitución Nacional<sup>6</sup>. Ahora bien, si a través del libre mercado de ideas se llegará a una verdad inmoral y esta quedara plasmada en una norma fundamental, ya no podríamos apelar tan sencillamente al control constitucional, pero contaríamos con una herramienta similar, puesto que si un ordenamiento jurídico es modificado en su sustancia el mismo no se transforma sino que se sustituye, una República autoritaria, no sería nunca una República al menos en los términos de nuestra Carta Magna y por tanto su modificación no importaría una reforma sino un cambio de sistema donde el libre mercado de ideas podría no existir y sería siempre contrario a la génesis de nuestro Estado. De esta forma el poder contra-mayoritario podría ejercer nuevamente su control tomando como fuente la norma que lo creó.

## II. Los discursos y la inconstitucionalidad de la censura

Surge la necesidad, entonces, de delimitar las distintas líneas discursivas, puesto que si en cada una de ellas habrá un mercado de ideas cada discurso traerá consigo una determinada verdad a la cual habrá que defender siempre y cuando no contraríe principios fundamentales como los casos someramente mencionados. Es cierto que amén de aquella salvedad esta búsqueda de la verdad, aunque de vital importancia, no tendrá igual protección para cada discurso, pues no todos ellos son igual de importantes para el sostenimiento del sistema republicano.

Resulta claro que si hablamos del discurso político y la publicidad de los actos de gobierno estaremos frente a uno de los discursos con mayor protección, porque aquí el llegar a la verdad es de vital importancia para el funcionamiento del gobierno. Es la forma de elegir a nuestros representantes, es la forma de convertirse en representante, y es la forma de controlarlos o que nos controlen como tales y la única forma de representar y/o ser representado correctamente es a través de conocer lo que cada parte tiene para expresar. Esto se traduce en un mayor nivel de protección donde los individuos podrán, con mayor nivel de libertad, expresar su voluntad. En este orden de ideas la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos tiene dicho en el precedente “Texas v. Jhonson” (491 U.S. 397 -1989) que la incineración de una bandera en el marco de una protesta política no debía ser considerado como un delito penal, aunque así estuviera regulado, toda vez que se hizo como una forma de demostrar el descontento con un determinado gobierno y no como un atentado o insulto a la patria. Es decir, aquí el Alto Tribunal de E.E.U.U. resuelve no aplicar una norma porque la manifestación de la expresión conformaba uno de los discursos de mayor protección.

Distinto es el caso de otros discursos de menor trascendencia. Vale aclarar que la existencia del discurso presupone simplemente la existencia de una expresión en determinada materia, no encontramos que estén taxativamente clasificados y por tanto contamos con discursos comerciales, irónicos e incluso discursos que podrían ser considerados inmorales, entre otros. Naturalmente, y volviendo a la importancia de cada discurso, cada uno tendrá una mayor o una menor protección dependiendo su rol en el sistema republicano. Es claro que un discurso irónico tendrá una menor protección y el derecho a la intimidad podrá incluso sobreponerse en determinados casos, pudiendo quedar como principales interrogantes si discursos como el odio racial tiene siquiera alguna protección y si discursos como el atinente a la seguridad nacional opera a la inversa y limita la expresión.

<sup>5</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho* 2<sup>da</sup> ed. 12<sup>o</sup> reimpresión (Buenos Aires: Astrea, 2003) 18.

<sup>6</sup> Fayt, Carlos Santiago. *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia, Leading Cases y Holdings, Casos Trascendentes* (Buenos Aires: La Ley, 2004) 165/171.

Aquí es donde retomamos el argumento contra-mayoritario y el control judicial puesto que argumentos como la apología al odio racial, pueden en algún sentido considerarse parte de un discurso político donde por ejemplo la jurisprudencia nacional ha resuelto negar el reconocimiento político a una agrupación cuyo estatuto manifestaba expresamente políticas contrarias a la Constitución Nacional<sup>7</sup>. Es, entonces, importante remarcar que aun cuando el discurso sea uno cuya protección sea mayor la ideología como tal no se rechaza, pero la apología al delito y al odio racial se encuentran prohibidas y por tanto su proliferación como tal, también. Este pronunciamiento que de alguna forma se transforma en un límite a la libertad de expresión nos hace reflexionar en la censura.

Nos toca considerar a la luz de lo expuesto, si en efecto la censura se encuentra permitida. Para ello analizaremos en que consiste. Es cierto que de la misma palabra surge su significado, censurar sería quitar, ocultar y de alguna forma prohibir una porción de un determinado discurso. Hemos dicho también que no todos los discursos tienen el mismo abrigo y por tanto no implicaría lo mismo la censura de un discurso político que el de uno comercial o payasesco. Hasta aquí la censura implicaría que una vez producida la manifestación de la idea la misma sea eliminada. Es decir, la censura propiamente dicha no limita la manifestación de la voluntad, sino que afecta su perduración.

En este sentido se puede concluir sencillamente que la afectación a la libertad de expresión es menor, puesto que la manifestación en sí no se verá vulnerada y por tanto el individuo podrá expresarse, pero si ello generase un perjuicio, la censura lograría eliminar la continuidad de dicha expresión. Si se tratara de un programa de televisión, la primera emisión no se vería afectada pero sí, la reproducción que se pudiera hacer de la misma con posterioridad.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) tendría dicho que la censura puede ser admitida en nuestro ordenamiento, lo que no podría efectuarse es la censura de forma previa conforme se encuentra previsto en el artículo 14 de la Constitución Nacional<sup>8</sup>. De esta forma y acompañando el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que luego de la reforma constitucional de 1994 adquiere jerarquía constitucional advertimos que la duda se encuentra zanjada. Lo que naturalmente no implica que todos los discursos podrán ser censurados, sino que la Corte Nacional entiende que aquellos discursos no podrán ser censurados previamente. Nuevamente nos encontramos frente al interrogante que surge cuando los discursos son directamente contrarios al ordenamiento, pudiendo en tal caso admitirse otro tipo de prerrogativas.

Sentado lo expuesto, la doctrina constitucional tuvo que enfrentarse también a las cuestiones atinentes a la censura indirecta, distinta de los casos que mencionamos donde la censura en cuestión afecta directamente a la manifestación -a la expresión en sí misma-. La censura indirecta es la que opera cuando es el medio de comunicación que en su afán de publicar es censurado y se ve imposibilitado de compartir la información. Este tipo de censura, si bien no se encuentra expresamente reconocida en la Constitución Nacional, si se encuentra receptada en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Alto Tribunal que haciendo una interpretación concluye que la pauta oficial entregada por el Estado a los Medios no puede ser quitada en función de criterios discriminatorios<sup>9</sup>. Similar jurisprudencia ha sentado la base de que no importa tanto la cuestión económica y la dependencia del medio para con la pauta oficial, es decir no es ello excluyente, sino que basta con el hecho de que el medio de comunicación alcance a una menor cantidad de personas producto de la ausencia de aquella pauta oficial para que pudiera darse este tipo de censura<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> CSJN, "Partido Nuevo Triunfo s/ Reconocimiento -Distrito Capital Federal", sentencia del 17 de marzo de 2009, Fallos 332:433, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>8</sup> CSJN, "Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo", sentencia del 8 de septiembre de 1992, Fallos 315:1943, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>9</sup> CSJN, "Editorial Rio Negro SA c/ Neuquén Provincia del y OTRO s/ Amparo", sentencia del 5 de septiembre de 2007, Fallos 330:3908, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>10</sup> CSJN, "Editorial Perfil SA y Otro c/ EN Jefatura de Gabinete de Ministros SMC s/ Amparo Ley", sentencia del 2 de marzo de 2011, Fallos 334:109, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

Resulta clara la construcción pretoriana de la Corte Nacional que incluso sostiene que compete al Estado la carga de probar que la pauta oficial no se ha quitado y dado en base a criterios discriminatorios, como si fuera un sistema de premio y castigo para el medio de comunicación que es crítico con el gobierno de turno.

Conforme venimos advirtiendo el rol de la jurisprudencia en la construcción y protección de la libertad de expresión tiene una importancia fundamental en su desarrollo. Tal es el caso que incluso en la génesis de tal derecho encontramos la interpretación fundacional del Alto Tribunal como veremos a continuación.

### III. El control de constitucionalidad en la génesis de la expresión

Al principio de este trabajo hemos hecho una breve reseña mencionando los artículos donde el derecho a la libertad de expresión se encuentra en nuestro ordenamiento constitucional. Entre ellos mencionamos el artículo 32 de la Constitución Nacional en tanto establece que el congreso Federal no dictará normas que restrinjan la libertad de imprenta ni establezcan para ella la jurisdicción federal. Se advierte de tal disposición que su aplicación es dudosa por la forma en que se encuentra organizado nuestro sistema constitucional y ha requerido la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para clarificar la situación.

De acuerdo con nuestro plexo constitucional y en virtud de las competencias delegadas por las provincias al Estado Nacional, es facultad del Congreso Federal el dictado de las normas de fondo, sencillamente la codificación ha quedado en manos de la Nación y ya no de las provincias. La tradición receptada en el artículo 32 antes citado parece responder a un ordenamiento donde tal facultad no le ha sido delegada en la Nación y por tanto corresponde a cada jurisdicción el dictado de las normas que reglamenten la libertad de imprenta, no pudiendo el Estado federal inmiscuirse y restringirla. Lo mismo aplica para el caso de la jurisdicción como circunscripción donde deberá dirimirse un determinado conflicto. La norma estipula que las implicancias de la libertad de imprenta, reglamentada de forma local, deberá ser interpretada y dirimida en sede local también. Tal ordenamiento no se corresponde con el nuestro, dónde es el Congreso Federal el que tiene la potestad del dictado de aquellas normas, lo que no implica que deba competelerle a la justicia federal pues no necesariamente se trate de un derecho federal.

Tal distinción es analizada por el Alto Tribunal que concluye que evidentemente no resulta posible delimitar la intervención del Congreso Federal, puesto que si las provincias han delegado aquella facultad en el Estado Nacional si la propia Constitución le prohibiera dictar normas en esta misma inteligencia estaríamos frente a una incongruencia. De esta forma la Corte Nacional se configura como el último intérprete de la Constitución Nacional en un precedente donde la aplicación literal del artículo 32 de la Carta Magna podría dejar impune la comisión del delito de injuria<sup>11</sup>. Tal importancia se le otorga a la cuestión, que en esta materia se advierte uno de los primeros precedentes donde se vislumbra al control de constitucionalidad<sup>12</sup>.

En este punto parece claro que la propia génesis del derecho se ve sostenida por la intervención de la Corte Nacional quien, a través del control de constitucionalidad, se posiciona como el máximo intérprete y encausa la germinación de un derecho cuya interpretación literal podría mantener sin reglamentación un derecho de vital importancia.

Es cierto que la intromisión de la responsabilidad penal ha sido una discusión importante en materia de libertad de expresión, puesto que ello no solo alcanzaba un nivel de preocupación patrimonial, sino que el traspaso del límite entre la expresión y la intimidación podría generar la admisión de una condena penal por el delito de injuria que limitaría aún más la posibilidad de expresarse si una persona tuviera tal temor. En este punto y quizás de forma más actual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que la res-

---

<sup>11</sup> CSJN, “Ramos Raúl Alberto s/ Querrela por injurias c/ Eduardo J. Batalla”, sentencia del 21 de octubre de 1970, Fallos 278:62, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>12</sup> CSJN, “Ministerio Fiscal c/ Calvete Benjamín por atentados contra la inmunidad de un senador”, sentencia del 17 de octubre de 1864, Fallos 1:340, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

ponsabilidad que pueda generarse por el abuso de la libertad de expresión de ninguna forma puede abusivamente llegar a repercutir en una condena privativa de la libertad<sup>13</sup>, lo que hoy a través de precedentes de la Corte Nacional podría resultar de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento local, previo escrutinio de nuestra Norma Fundamental<sup>14</sup>.

En este punto sigue siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que delimita el camino y asegura un control constitucional y convencional en las resoluciones judiciales. Si bien es cierto que el artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna dota de jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos la realidad es que no dota literalmente de obligatoriedad a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana ni de la Corte Interamericana. El problema que se suscita es mayormente de responsabilidad internacional, en tanto que, si los organismos supranacionales encuentran que el Estado incumple con su interpretación de las normas podrá declararse la responsabilidad internacional frente a los demás contratantes; y es en tal inteligencia que la Corte Nacional acepta de alguna forma como mandatorios los precedentes de dichos organismos. No es fortuito que sin llegar a pronunciamiento alguno de organismos supranacionales se dispone la reglamentación del derecho de rectificación y respuesta por vía jurisprudencial como forma de resguardo frente a la posible responsabilidad del Estado.

Sencillamente entonces, advertimos que tanto en la génesis constitucional del derecho a la libertad de expresión como así también su garantía actual y protección, se encuentran constantemente analizados, interpretados y reglamentados a través del control de constitucionalidad y convencionalidad. Pero aún se suscita la cuestión de la responsabilidad. Si en efecto reconocemos que el derecho existe y que su reglamentación ha sido mayormente jurisprudencial, es lógico que las consecuencias que afecten al abuso de este derecho se encuentren también de alguna forma legisladas por la misma jurisprudencia que las reconoce y garantiza.

#### IV. Un marco de responsabilidad constitucional

Es correcto distinguir dos supuestos de responsabilidad frente al abuso de la libertad de expresión. El primero de ellos es el que de alguna forma afecta a la moral y a la intimidad de un tercero, y el segundo supuesto es aquel que de alguna forma genera responsabilidad por la inexactitud de la información que ha expresado. En ambos casos se requiere la existencia del daño, pero el derecho protegido difiere en tanto el balance se produce por diferentes cuestiones.

Analizaremos primero las cuestiones relativas a la intimidad. Si dividimos esta faz interna en privacidad e intimidad deberemos distinguirlas en tanto toda acción privada es aquella llevada adelante por una persona en particular, y que no necesariamente implica que forma parte de su intimidad. Por el contrario, la intimidad comprende aquellas acciones privadas que realiza una determinada persona con la intención de que queden contenidas en su fuero íntimo. Es decir, sin la intención de compartirla con terceros.

En razón de ello, parece lógico que no tenga la misma protección una manifestación de un tercero sobre cuestiones privadas de una persona efectuadas en un ámbito social, respecto de otras efectuadas en la intimidad. Este resulta el argumento sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación a la vida de quien fuera en ese momento un presidente argentino frente a supuestas ofensas en el reclamo a Fontevicchia y D'Amico. Distinto es el caso de una persona que se esfuerza, persigue, o simplemente quiere mantener una determinada situación en su esfera íntima, cuando es transgredida y se le genera un perjuicio. Naturalmente adelantaremos que las afectaciones a la moral y a la intimidad son en un principio las que tienen una mayor protección frente al derecho de libertad de expresión y donde la balanza podrá ceder

---

<sup>13</sup> Corte IDH, "Kimel Eduardo v. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C, No. 177., 66-73, disponible en: [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

<sup>14</sup> CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", sentencia del 14 de febrero de 2017, Fallos 340:47, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

con mayor facilidad generando una responsabilidad para el medio de comunicación, habiendo claros ejemplos en la jurisprudencia nacional<sup>15</sup>.

Este último razonamiento nos lleva a concluir que, si bien habrá reglas sentadas que permitan presuponer límites en ambas direcciones, lo cierto es que en materia de afectación a la moral e intimidad se tratará de una cuestión casuística en que deberá acreditarse el daño en cada supuesto en particular. Pero sí es cierto que contamos con precedentes que de alguna forma han legislado la existencia de una responsabilidad si se cruzan determinados límites. De ello surge que las responsabilidades por las acciones privadas raramente encuentren acogimiento, puesto que si las mismas han sido realizadas a la vista de la sociedad difícilmente luego pueda argumentarse que se pretendía el resguardo íntimo de aquello que fuera ventilado.

Nos queda entonces analizar los supuestos donde la responsabilidad surge por la inexactitud de la información expuesta por el medio de comunicación. En este trabajo el término “medio de comunicación” tendrá un carácter genérico, y si bien mayormente la radiodifusión, la televisión, y los diarios, son los que normalmente se encuentran en la posibilidad de ventilar información de manera masiva esto no necesariamente excluye la posible existencia de un particular que oficie de tal. Esta doctrina de responsabilidades ulteriores ha sido enteramente conformada de forma pretoriana por la jurisprudencia del Alto Tribunal, que de alguna manera recepta precedentes foráneos.

Podemos identificar como punto de partida el *leading case* “Campillay”<sup>16</sup> en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con disidencia del Dr. Fayt encuentra que cuando la información compartida por la prensa es inexacta el medio de comunicación será objetivamente responsable salvo que procediere a utilizar verbos potenciales para referir al acontecimiento, que citara la fuente, o que no se identificara a la persona. Cualquiera de estos supuestos aplacaría la responsabilidad del medio de comunicación, quien viendo invertida la carga de la prueba, deberá acreditar estos supuestos si pretende ser eximido en el reclamo. Este precedente debió ser incluso ajustado puesto que los términos no acaban por ser claros y el alto Tribunal posteriormente dirá que la forma del cumplimiento de los supuestos podrá también generar responsabilidad por ejemplo si la fuente es obtenida de forma ilegítima<sup>17</sup>. En este punto el Dr. Fayt sienta las bases de lo que luego se receptorá en nuestro país como la doctrina de la *real malice* (real malicia), doctrina que es creada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el precedente “New York Times v. Sullivan” (376 U.S. 254 -1964) en el cual el Tribunal foráneo entiende que no habrá responsabilidad del medio de comunicación salvo que el particular afectado por la inexactitud de la información, probara que el Medio compartió la misma con negligencia o dolo. Es decir, esta doctrina entiende que el medio de comunicación no será responsable salvo que el presunto damnificado pruebe que el medio compartió información de forma casi temeraria, sin perjuicio de las serias dudas que por ejemplo un periodista podría tener sobre la veracidad de lo informado<sup>18</sup>, o con la directa intención de dañar a la persona. Ya no se tratará entonces de una responsabilidad objetiva sino subjetiva. Esta doctrina fue también receptada por la jurisprudencia del Alto Tribunal Argentino<sup>19</sup>.

Finalmente, la CSJN parece reordenar estas doctrinas sentando la base de que la real malicia se tornará aplicable cuando la persona de que se trate la información sea una persona pública, y aplicará la doctrina “Campillay” cuando se trate de una que no<sup>20</sup>. Definición que traerá aparejada la explicación de que una per-

<sup>15</sup> CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 11 de diciembre de 1984, Fallos 306:1892, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>16</sup> CSJN, “Campillay, Julio César c/ La Razón y otros”, sentencia del 15 de mayo de 1986, Fallos 308:789, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>17</sup> CSJN, “Acuña, Carlos Manuel Ramón s/ artículos 109 y 110 del C.P., sentencia del 10 de diciembre de 1996, Fallos 319:2965, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>18</sup> CSJN, “Morales Solá, Joaquín Miguel s/ Injurias”, disidencia parcial Dr. Fayt en sentencia del 12 de noviembre de 1996, Fallos 319:2741, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>19</sup> CSJN “Ramos Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y Otros”, sentencia del 27 de diciembre de 1996, Fallos 319:3428, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>20</sup> CSJN, “Patito, Jose Angel y otro c/ Diario La Nación y otros s/Daños y perjuicios”, sentencia del 24 de junio de 2008, Fallos 331:1530, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

sona pública, no es necesariamente una que adquiere visibilidad circunstancial sino una cuya exposición sea palmaria<sup>21</sup>. Un claro ejemplo serán los funcionarios públicos. Esta doctrina también tiene como su antecedente a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América en “Gertz v. Robert Welch inc.” (418 U.S. 323 – 1974).

Advertimos así la importancia del tamiz constitucional que el máximo Tribunal aplica a los efectos de conformar esta doctrina de responsabilidad. La ausencia de una norma que reglamente la libertad de expresión resulta peligrosa si consideramos a la codificación como una tradición excluyente en nuestro país y por tanto necesaria la intervención constitucional de la Corte Nacional que constantemente debe ajustar sus pronunciamientos a la luz de la Carta Magna y los tratados de derechos humanos en una casuística que por ejemplo determina la casi inexorable responsabilidad de los medios cuando el sujeto involucrado es un menor<sup>22</sup> y más recientemente cuando advierte que la calidad de persona pública no es una condena que permita el abuso de los medios de comunicación<sup>23</sup>.

En un sentido similar, esta falta de reglamentación ha sido clara en lo que respecta al derecho de rectificación y respuesta, receptado en nuestro ordenamiento por intermedio de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 14, que con ausencia de una norma específica y sin actividad del Congreso Nacional, tuvo que ser regulada por la CSJN en un precedente primigenio<sup>24</sup> que lo reconoce a los efectos de evitar responsabilidad internacional de la Nación Argentina por su falta de regulación y en un pronunciamiento posterior<sup>25</sup> que obliga a reglamentarlo para no vulnerar el mismo derecho que el instituto busca proteger.

El derecho de rectificación y respuesta es un instituto que le otorga a una persona damnificada por un medio de comunicación, el derecho de acceder al medio en cuestión y rectificar lo que se ha manifestado erróneamente. Parece claro que el abuso de este derecho acabaría por ejercer una censura indirecta a los medios de comunicación, ya que, si estos tuvieran por cada publicación que hicieran, que publicar o transmitir una o varias opiniones ajenas, terminarían por dudar a la hora de compartir contenido. En este orden de ideas al Alto Tribunal ha dicho que, para que proceda la rectificación de la información y la respuesta, la información vertida en el medio de comunicación debe ser errónea, que esa información errónea genere un perjuicio a determinada persona y que el daño producido esté directamente relacionado con lo expresado por el medio, dejando de lado las opiniones que están exentas de cualquier responsabilidad ulterior pues de ellas no puede afirmarse falsedad. Así, pudiendo garantizar la existencia del instituto, ayudando a limitar los posibles abusos a la hora de reclamar su aplicación, lo que pudiera haberse convertido en un instrumento de censura acaba por ser una nueva vía para la expresión.

## V. Una conclusión contra-mayoritaria

En torno a la libertad de expresión, los institutos reconocidos por este derecho tienen amplísimos efectos y alcanzan a todas las esferas jurídicas en tanto como hemos establecido es uno de los principales pilares garantes del sistema republicano. La tradición constitucional de revisión judicial y el control de constitucionalidad han sido a lo largo de los años la herramienta más prometedora a los efectos de poder obtener una reglamentación que permita sostener el ordenamiento sin admitir abusos que tornaran ilusorios los demás derechos consagrados en la norma fundamental.

<sup>21</sup> CSJN, “E.G.R. c/ Editorial La Capital SA s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 27 de noviembre de 2012, Fallos 335:2283, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>22</sup> CSJN, “Sciammaro, Liliána c/ Diario El Sol s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 28 de agosto de 2007, Fallos 330:3685, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>23</sup> CSJN, “De Sanctis, Guillermo Horacio c/ Lopez de Herrera, Ana María s/ Daños y perjuicios”, sentencia del 17 de octubre de 2019, Fallos 342:1665, disponible en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>24</sup> CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y Otros”, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos 315:1492, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>25</sup> CSJN, “Petric Domagoj, Antonio c/ Diario Página 12 s/ Amparo”, sentencia del 16 de abril de 1998, Fallos 321:885, disponible en: [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

Esta línea de precedentes encuentra recepción absoluta en la Suprema Corte de los Estados Unidos donde la regla de la libertad irrestricta<sup>26</sup> en el mercado de ideas, en principio genera una fuerte presunción de inconstitucionalidad en las normas que restrinjan de forma previa a la libertad de expresión, y otorga una fuerte protección a la expresión, con naturalmente restricciones que las que, como hemos dicho, generen incitación a la ilicitud o al odio racial. Por su parte el ordenamiento argentino cumple una función similar, puesto que, tratándose de una cuestión no abordada en extenso por la codificación, la jurisprudencia no ha tenido mayor opción que proceder a su reglamentación y efectuar un control de constitucionalidad lo suficientemente celoso en resguardo de las instituciones fundamentales. No es ocioso, por tanto, concluir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Argentina es quien ha dedicado sus resoluciones a definir el equilibrio y tensión entre la libertad y la igualdad y dónde radica el límite de ambas. Paradójicamente el argumento contra-mayoritario y el control de constitucionalidad, lejos de representar la voluntad general, se acaban por alzar como las herramientas primordiales para garantizar el mercado de ideas y el acceso a la verdad. En palabras de Joaquín V. González “una fuerza real de las minorías”<sup>27</sup>.

## Bibliografía

- 1.- Fayt, Carlos Santiago. *La Omnipotencia de la Prensa*, 2<sup>da</sup> ed. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- 2.- Fayt, Carlos Santiago. *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia, Leading Cases y Holdings, Casos Trascendentes*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- 3.- Ferrajoli, Luigi. “Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, *Doxa*, núm. 28, (2005) pp. 15-36, Url: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/doxa—10/>
- 4.- González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina 1853-1860*. Estrada Editores, 1897.
- 5.- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho* 2<sup>da</sup> ed. 12<sup>o</sup> reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 2003
- 6.- Rousseau, Jean Jaques. *Contrato Social*. Madrid: Espasa Calpe, 2007 duodécima reimpresión.
- 7.- Sola, Juan Vicente. *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

<sup>26</sup> Fayt, Carlos Santiago. *La omnipotencia de la prensa*, 2da ed. (Buenos Aires: La Ley, 2005) 496.

<sup>27</sup> González, Joaquín V. *Manual de la Constitución Argentina 1853-1860* (Buenos Aires: Estrada Editores, 1897)169.

RJ  
SI

# Reseña de Fallos Aplicada

---

---

## Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

# JURISPRUDENCIA APLICADA. 1

---

**Jurisdicción:** Departamento Judicial de San Isidro

**Dependencia:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Sala II

**Estado de la sentencia:** Firme

**Fecha de sentencia:** 01/10/2020

**Carátula:** L C, A N s/ Abrigo”, TG-1373-2019

### PALABRAS CLAVE:

Progenitora con discapacidad. Situación de adoptabilidad de la hija menor de edad.

### RESEÑA:

Juzgo que en la especie se corrobora la situación excepcional que prevé el art. 23 inc. 4 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuanto admite la posibilidad de que los niños sean separados de sus progenitores con discapacidad si, y solo si, las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinan, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño.

Tal como ha sostenido el Dr. de Pettigiani, “aún en el marco del referido nuevo paradigma en materia de tutela de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, se acepta que tales aspiraciones puedan ciertamente quedar excepcionalmente relegadas en una medida razonable cuando las circunstancias de la causa lleven a privilegiar una solución diferente en aras de la protección y defensa de las necesidades, derechos e intereses de los menores involucrados. Así, en el aparente conflicto de derechos e intereses, el principio *favor minoris*, con expresa recepción en los artículos 3 y 5 de la ley 26.061, así como en el artículo 4 in fine de la ley 13.298, y conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros [...], adquiere una mayor preponderancia objetiva [...] en tanto el principio de precaución exige valorar también los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión en la seguridad de los niños” (SCBA, 4.11.2015, C. 118.472, voto del Dr. Pettigiani).

Este Tribunal comparte, con énfasis, el enfoque del modelo social de la discapacidad, que ha alcanzado reconocimiento internacional merced a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y que nuestro país elevó a jerarquía constitucional por ley 27.044. Aproximación aquella que parte de una premisa tan sensible como inteligente: la discapacidad no es solo un dato biológico, sino que es producto de la interacción entre una persona alcanzada por una deficiencia y un entorno social que le pone barreras o entorpecen su plena participación en la sociedad, en igual condiciones que los demás miembros de aquella (art. 2 CDPD).

En cuanto a los ajustes razonables, el artículo 2 del instrumento internacional ya aludido, los define como aquellas “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

La doctrina especializada ha dicho que en el cuadrante del ejercicio rol parental, los ajustes razonables dejan de ser tales si suponen una medida desproporcionada en el -indudablemente loable- afán de mantener al niño en un entorno familiar o comunitario en el cual no se han advertido potencialidades que permitan garantizar su crecimiento en un ambiente adecuado (Seda, Juan “Adopción y ejercicio del rol parental por personas con discapacidad intelectual” LL online, cita: AR/DOC/1621/2019).

[VER FALLO COMPLETO](#)

---

## Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

# JURISPRUDENCIA APLICADA. 2

---

**Jurisdicción:** Corte Suprema de Justicia de la Nación

**Estado de la sentencia:** Firme

**Fecha de sentencia:** 05/07/2022

**Carátula:** Asociación Civil Macame y otros c/ Estado Nacional Argentino - P.E.N. s/ amparo ley 16.986., FRO 68152/2018/CS1-CA1

### PALABRAS CLAVE:

Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Autonomía personal y familiar. Derecho a la Salud. Autocultivo de cannabis. Interés superior del niño.

### RESEÑA:

En cuanto a la Autonomía consagrada en el Art. 19 de la CN, el Tribunal tiene dicho que esa norma reconoce al individuo un ámbito de libertad en el cual este puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin intervención alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen el orden, la moral pública o los derechos de terceros.

Además, el Tribunal se encargó de precisar en el precedente “N.N. o U., V.” de Fallos: 335:888 que este derecho no es solo individual, sino que se extiende a situaciones que alcanzan a dos o más personas que integran una familia, erigiéndose así en el derecho de ese grupo a elegir su proyecto de vida (artículo 11, inciso 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054 y ratificada el 5 de septiembre de 1984).

De las normas internacionales antes reseñadas (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas y Convención Única de Estupefacientes de 1961) se desprende en forma incontestable el deber estatal de tipificar como delito el cultivo de la planta de cannabis con el objeto de producir estupefacientes en forma contraria a lo dispuesto en la Convención de 1961, la que, a su vez, establece que el Estado puede autorizar dicho cultivo con fines médicos o científicos mediante la in-

tervención previa de un organismo oficial pertinente que fije los concretos términos y alcances de esta autorización. La necesidad del Estado de articular ambas potestades –permitir el uso medicinal del cannabis y perseguir el tráfico ilícito de estupefacientes– justifica el control estatal del autocultivo medicinal.

Que, en consecuencia, las razones de salud y seguridad públicas involucradas resultan suficientes para justificar que el Estado expida autorizaciones administrativas en el marco de la ley 27.350 para el autocultivo y la elaboración de productos derivados del cannabis con fines medicinales. Ello determina, a su vez, que la intervención estatal en esta área no implica una interferencia injustificada en la autonomía personal consagrada en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

La pretensión de las actoras de decidir sin ninguna clase de intervención estatal sobre el tratamiento con cannabis autocultivado con fines medicinales para los menores de edad tampoco encuentra justificación si se atiende al interés superior del niño.

En ese sentido, esta Corte sostuvo que uno de dichos límites venía determinado por consideraciones de salud pública, en tanto involucra derechos de terceros y, en la medida en que estuvieran afectados menores de edad, por el interés superior del niño (artículo 3°, inciso 1°, de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por ley 23.849 y ratificada el 4 de diciembre de 1990). En esa línea entendió que “el derecho a la privacidad familiar [...] resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección (art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional) tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés sobre todos los intereses en juego (Fallos: 331:147)” (Fallos: 335:888, considerando 15).

Además, los Estados parte se comprometieron a adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños (inciso 3°).

Por consiguiente, sin ignorar los beneficios del tratamiento con cannabis autocultivado, la intervención estatal se encuentra justificada en la ya aludida existencia de riesgos de efectos adversos para los niños pues, como se ha indicado, los Estados tienen el deber de elegir las alternativas que consideran más apropiadas a los fines de evitar daños en la salud de aquellos.

Que, ante la importancia de esa finalidad, a la que se añaden las razones de seguridad pública, los requisitos exigidos para obtener la autorización no resultan irrazonables. Por el contrario, dichas medidas de control estatal constituyen una injerencia mínima que, lejos de proscribir el autocultivo con fines medicinales, lo someten a una regulación que se limita a asegurar cierta supervisión por parte del Estado, registrar el consentimiento del paciente y garantizar la intervención médica indispensable.

[VER FALLO COMPLETO](#)

---

## Reseña de Fallos. Aplicada a la Temática

# JURISPRUDENCIA APLICADA. 3

---

**Jurisdicción:** Departamento Judicial de San Isidro

**Dependencia:** Tribunal del Trabajo n° 2

**Estado de la sentencia:** Firme

**Fecha de sentencia:** 26/10/2021

**Carátula:** Ponce, Maira Soledad c/ Mayor Ahorro SA. s/ Despido”, Expte. N° SI-11653-2018

### PALABRAS CLAVE:

Período a prueba. Despido. Protección de la maternidad.

### RESEÑA:

Reclama la actora la indemnización especial por maternidad prevista en el art 178 de la LCT.- Esta norma presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio meses anteriores o posteriores a la fecha del parto, siempre y cuando la mujer haya cumplido con su obligación de notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento y que dados estas condiciones, dará lugar al pago de una indemnización igual a la prevista en el artículo 182 de esta ley.

¿Corresponde abonar esta indemnización especial en los casos en los cuales el contrato de trabajo se disuelve en período de prueba, estando eximido el empleador del pago de indemnizaciones por la ruptura del vínculo?

La presunción legal del artículo 178 LCT, es la forma con la que el legislador ha garantizado que la protección que la ley consagra no sea eludida, discriminando a la mujer por quedar embarazada., siendo que el bien jurídico tutelado en el artículo 178 LCT, la maternidad y en definitiva, la familia, es superior al beneficio de excepción reconocido al empleador en el artículo 92 bis LCT.

Cuando el ejercicio de las facultades conferidas a las partes, durante el período de prueba, colisiona con la protección especial que el ordenamiento jurídico le garantiza a la mujer embarazada, aquéllas deben

ceder frente a las normas de rango superior, que tutelan esta última situación, tal el caso del Art. 14 bis de la Constitución Nacional, y de diversas disposiciones de tratados internacionales, que en virtud de lo previsto por el Art. 75 inc. 22 han adquirido jerarquía constitucional, así como ante las previsiones de los Art. 178 y 182 de la L.C.T.

La regla establecida en el art 14 bis de nuestra Carta Magna que indica que las leyes inferiores deben proteger al trabajador contra el despido arbitrario encuentran una excepción en lo dispuesto en el art 92 bis de la LCT, la cual no es de ninguna manera absoluta y existen circunstancias especiales que hacen que una prevalezca sobre la otra.

Es indudable que el despido obedece al estado de gravidez de la trabajadora, la cual es discriminada por tal circunstancia lo cual hace que la protección de la maternidad ante el despido arbitrario sea de rango superior excepción a indemnizar un despido incausado contenida en el art 92 bis de la LCT la cual cede ante esta situación.- En tal sentido, entiendo que la presunción del artículo del 178 LCT, es procedente dentro del período de prueba del artículo 92 bis LCT y consecuentemente corresponde hacer lugar a este reclamo.-

[VER FALLO COMPLETO](#)

RJ  
SI

# Reseña de Fallos

## Novedades

---

---

## Reseña de Fallos. Novedades

# JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 1

---

**Jurisdicción:** Departamento Judicial de San Isidro

**Tipo de dependencia:** Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Sala I

**Estado de la sentencia:** Firme

**Fecha de sentencia:** 09/09/2022

**Carátula:** Chenquelof Tafuni Gabriela c/Corzo Maximiliano Gaston s/ cobro ejecutivo”, Causa SI-11093/2020

### PALABRAS CLAVE:

Obligaciones en moneda extranjera. Conversión a moneda de curso legal. Dólar MEP

### RESEÑA:

La disputa se cierce ya no sobre la operatividad del art. 765 del CCCN, permitiendo que se desobligue en moneda de curso legal, sino sobre la referencia que se utilizará para convertir la divisa extranjera. El pronunciamiento la estableció en el “dólar MEP” y el recurrente insiste en que debe receptarse el oficial conforme cotización del BNA.

Si reparamos en antecedentes recientes de esta jurisdicción sanisidrense, se ha resuelto que “la cotización más adecuada para este caso concreto a fin de calcular el equivalente en dólares estadounidenses de los pesos extraídos, es la del llamado “dólar MEP (mercado electrónico de pagos)”, explicando que éste deriva “de la compra y venta de títulos públicos (con las regulaciones específicas), de conformidad con los valores propios del mercado y sin afectar las reservas públicas” (CACC San Isidro, Sala 2da., causa “Nebot”, SI-3249/2013, ri 247/21, 6-12-2021). También se admitió idéntica variable en un precedente en el que se condenó a reparar una indemnización por resolución contractual como restitución de un precio abonado en el año 2012. Ello surgió de la búsqueda de valores equitativos en aras a mantener la armonía de un negocio celebrado hace ya tiempo (CACC San Isidro, Sala 3ra., causa “Lafita”, SI-30024/2017, RS 13/22, S. 22-2-2022).

Así las cosas, de admitir un dólar oficial sin aditamentos, como el que auspicia el memorial, se estaría afectando con prístina notoriedad el derecho constitucional de propiedad de la acreedora (Art. 17 CN), pues

aquella previsión surge confiscatoria, con un evidente perjuicio patrimonial al no permitírsele una recomposición íntegra de lo que se le adeuda. Es que, justamente, avalar una directiva como la que sostiene la propuesta recursiva, implicaría admitir, lisa y llanamente, un avasallamiento de la propiedad, evidenciándose un abuso del derecho como el que condena el art. 10 del CCCN. También podría llegar a concretarse un enriquecimiento sin causa en favor del deudor, quien se vería beneficiado al recibir “dólar billete” y devolver al dólar “oficial”, importe este que –aun repotenciado con intereses- redundaría en un beneficio financiero para aquél. Con este alcance, se alentaría a que el público en general tome compromisos en dólares a sabiendas que devolvería algo ínfimamente inferior (pesos al valor oficial más intereses), nuevamente, apelando al abuso del derecho y configurativo del supuesto del art. 1794 del CCCN.

Así las cosas, sopesando todo lo aquí analizado, meritando las particularidades de esta etapa de ejecución y conforme art. 765 del CCCN, es mi convicción dictaminar que la cotización que mejor se ajusta a una composición equitativa de la deuda es el denominado “Dólar Mercado Electrónico de Pagos” (MEP), cuya cotización podrá obtenerse a través de diversas vías de información (como la periodística), lo que otorga publicidad y transparencia a su valor (por ejemplo, [www.ambito.com](http://www.ambito.com), hoy 9-9-2022 asciende a \$ 273.02 por cada dólar).

[VER FALLO COMPLETO](#)

# JURISPRUDENCIA. NOVEDADES. 2

---

**Jurisdicción:** Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

**Estado de la sentencia:** Firme

**Fecha de sentencia:** 21/12/2020

**Carátula:** Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ ATA SA y otros s/ Apremio Provincial. - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, a. 72.823

### **PALABRAS CLAVE:**

Principio de Realidad Económica. Oponibilidad a terceros de actos jurídicos no inscriptos en Registro Público de Comercio. Falta de legitimación pasiva. Prescripción.

### **RESEÑA:**

El recurso es procedente por quebrantamiento del principio de realidad económica que contempla el art. 7 del Código Fiscal, en tanto se verifica que so color de la omisión de exigencias de índole formal vinculadas con la registración de determinados actos societarios, se han contradicho abiertamente las constancias de la causa y se ha prescindido de prueba definitiva regularmente incorporada a ella.

Naturalmente, se comparte que conforme los términos de la ley 19.550, para la oponibilidad a terceros de modificaciones, designaciones o cesación de administradores resulte necesaria la inscripción en los registros pertinentes. Es un ingrediente que asegura suficiente publicidad, para que esos terceros estén advertidos y los eventuales cambios produzcan efectos a su respecto. En otras palabras, la inscripción en los registros no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para asegurar aquella publicidad.

Si, como en el caso, a pesar de no existir la inscripción, el tercero concretamente afectado -en el caso, el Fisco acreedor de la sociedad- fue oportuna y fehacientemente anoticiado del cambio registrado, la finalidad de publicidad perseguida está cumplimentada. Que ese anoticiamiento haya tenido lugar por la vía de haberse accedido a las actas de asamblea y de recibir notificación por carta documento y no por la inscripción en un registro carece de total relevancia.

El art. 7 del Código Fiscal dispone que, para determinar la verdadera naturaleza de los hechos imponibles, se atenderá a los hechos, actos o situaciones efectivamente realizados, con prescindencia de las formas o de los actos jurídicos de derecho privado en que se exterioricen. Consagra así el principio de realidad económica. El quebrantamiento de esta norma, en el caso, es manifiesto.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto y revocar la sentencia dictada por el tribunal a quo en cuanto rechazó la excepción de inhabilidad de título planteada por el señor Guillermo Stella, con el consiguiente restablecimiento de lo decidido por el juez de grado sobre el punto (conf. art. 289, CPCC).

[VER FALLO COMPLETO](#)

## Sobre la revista

---

La “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” es editada por el Colegio de Abogados de San Isidro. Tuvo su primera edición en el año 1967 bajo el nombre “Revista Jurídica de San Isidro” en versión impresa.

La revista está abierta a contribuciones sobre todos los aspectos del derecho, con especial foco en los grandes temas y autores que signifiquen un aporte original. Su objetivo es difundir y debatir ampliamente a través de las contribuciones originales de los autores, los problemas que se plantea actualmente el derecho desde una mirada interdisciplinaria, transversal y práctica sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular.

La producción académico-científica de los miembros de Institutos, Comisiones y diferentes Áreas del Colegio, así como autores invitados nacionales y extranjeros se completa solo a través de la transferencia del conocimiento y ese será nuestro más humilde objetivo.

De aquí que los trabajos publicados resulten de interés para quienes ejercen la abogacía en todas sus formas, y también para especialistas, investigadores y estudiantes de posgrado.

## Frecuencia de publicación

---

Desde su primer número y hasta el número 30 la Revista fue editada en forma anual y en formato impreso.

Su reedición bajo el nombre “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea”. Número 1 lo será en formato digital bajo una periodicidad semestral, publicando sus respectivos volúmenes digitales en mayo y septiembre.

## Política de acceso abierto

---

La aceptación de colaboraciones por parte de la revista implica la cesión no exclusiva de los derechos patrimoniales de los autores a favor del editor, quien permite la reutilización bajo Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

La cesión de derechos no exclusivos implica también la autorización por parte de los autores para que el trabajo sea alojado en el repositorio institucional Memoria Académica y difundido a través de las bases de datos que el editor considere apropiadas para su indexación, con miras a incrementar la visibilidad de la revista y sus autores.

Esta revista proporciona un acceso abierto inmediato y gratuito a su contenido, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a efectos de un mayor intercambio global de conocimiento. Acceso: <https://www.casi.com.ar/RJURIDICA>

## Aspectos Éticos

---

La publicación “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” es el resultado colectivo del trabajo y esfuerzo de autores/as, editores/as y evaluadores/as que se interesan en el desarrollo de la ciencia y la academia para el desarrollo social y jurídico en ámbito de la abogacía. Por dicho motivo, y en el marco de la política de acceso abierto que se impulsa el Colegio de Abogados de San Isidro, la revista no cobrará a los/as autores/as ningún cargo por la publicación, quedando disponibles inmediatamente los artículos en acceso abierto.

Los editores de la revista se comprometen a evitar la existencia de cualquier conflicto de interés entre los actores que participan en la producción. Todo texto enviado será evaluado por su contenido intelectual evitando que interfiera en el proceso la pertenencia étnica o nacional de los autores, su género, su orientación sexual, sus creencias religiosas o su filosofía política. Del mismo modo, se desestimarán aquellas evaluaciones externas que interpongan cualquier posición personal a la calidad del trabajo.

El contenido de los artículos no refleja la opinión editorial del Colegio de Abogados de San Isidro ni de la Revista Jurídica de San Isidro Serie contemporánea, por lo tanto, los editores no son responsables de las formas de expresión y usos del lenguaje que utilizan los autores.

## DetECCIÓN DE PLAGIO

---

Las opiniones vertidas por los autores no reflejan el pensamiento de la “Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” ni de su equipo. El autor es el único responsable del daño, o menoscabo, que pueda ocasionar con su plagio y afirmaciones y exime de cualquier responsabilidad, tanto a la revista, como a su equipo, autoridades y al Colegio de Abogados de San Isidro en su totalidad. La revista rechaza cualquier tipo de plagio, parcial o total. Los autores deben asegurarse rigurosamente de atribuir las citas utilizadas a sus fuentes de acuerdo con las pautas exigidas por la revista.

La Revista rechaza y lucha en contra del plagio.

## INDIZACIÓN E INCLUSIÓN

---

“Revista Jurídica de San Isidro. Serie Contemporánea” se encuentra en proceso de inscripción en Dirección Nacional de Derecho de Autor y en el Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas (CAICYT-CO-NICET).

## AUTORES. PAUTAS FORMALES PARA LA PUBLICACIÓN Y PRESENTACIÓN

---

### 1. Extensión

Se sugiere que los artículos de doctrina tengan una extensión de entre 8 y 12 páginas total incluyendo título y bibliografía.

En la tapa del artículo, el título completo no deberá tener más de quince (15) palabras. El título, alineado al centro, debe escribirse en letra Times New Roman, negrita, 20 puntos, a 1.5 de interlineado, con las mayúsculas, signos y acentos que correspondan.

Después del título, con un espacio de por medio, se colocará el nombre del autor o autores, alineado al centro, en letra Times New Roman, negrita, a 12 puntos.

Respecto de la nota de fallos se sugiere una extensión no mayor a 3 páginas.

### 2. Forma del escrito

El escrito debe entregarse en papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio. Se entregará al siguiente correo electrónico: [revistajuridica@casi.com.ar](mailto:revistajuridica@casi.com.ar) en formato Word. El archivo remitido deberá identificarse con el nombre del autor y el título del trabajo.

#### La Portada deberá contener:

a) Título: El título completo no deberá tener más de quince (15) palabras. El título, alineado al centro, debe escribirse en letra Times New Roman, negrita, 20 puntos, a 1.5 de interlineado, en minúscula y con las mayúsculas, signos y acentos que correspondan.

b) Nombre del autor o autores en minúscula, acompañándose al pie con asterisco y nota al pie las re-

referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada. En caso de integrar alguna función académica en el ámbito del Colegio de Abogados de San Isidro, indicarlo específicamente.

c) Resumen (máximo de 15 renglones). Se dejará un espacio entre Nombre de autor y la palabra Resumen. La palabra Resumen se escribirá en minúscula sobre margen izquierdo en negrita, times new Román tamaño 12.

d) Palabras-clave (máximo cinco palabras/expresiones). Se dejará un espacio entre Resumen y la Palabras clave. La palabra Palabras clave se escribirá en minúscula sobre margen izquierdo en negrita, times new Román tamaño 12.

e) Sumario: Se dejará un espacio entre Palabras clave y Sumario. La palabra Sumario se escribirá en minúscula, centrado y en negrita, times new Román tamaño 12. Se detallarán los subtítulos del texto.

f) Texto del artículo:

Subtítulos: (introducción, desarrollo y conclusión). Será necesario subdividir el texto en subtítulos a los fines de una mayor descripción en el acápite "Sumario"- Alineación justificada, letra Times New Román, negrita, 12 puntos, interlineado doble 2.0, Sangría primera línea 1,27

- El texto no deberá contener frases/palabras subrayadas, ni letra itálica, ni mayúscula ni negrita. Se señalarán las palabras/frases con comillas en caso necesario.

- Los acápites "Resumen", "Palabras claves", "Bibliografía" no serán numerados.

- Las notas al pie se escribirán con Alineación justificada, letra Times New Román, negrita, 10 puntos, interlineado 1.5, Sangría Francesa.

- Los párrafos textuales que superen las 5 líneas deberán aumentar la sangría en todo el párrafo diferenciándose del resto del texto, y se escribirán con Alineación justificada, letra Times New Román, negrita, 11 puntos, interlineado 1,5.

#### **Sistema de Citas:**

El sistema de citas bibliográficas de la publicación será el "APA Séptima Edición"

# RJ SI

## INFORMACIÓN DE CONTACTO

Correo Electrónico:  
**revistajuridica@casi.com.ar**

URL donde se dispondrán los distintos números:  
**<https://www.casi.com.ar/RJURIDICA>**

Esta obra está bajo una licencia de  
**Creative Commons**



REVISTA SEMESTRAL

**Colegio de Abogados de San Isidro**

Martin y Omar 339, San Isidro, Provincia de Buenos Aires

Contacto: [consejo@casi.com.ar](mailto:consejo@casi.com.ar)

ISSN 2953-5174

RJ  
SI

**REVISTA  
JURÍDICA  
DE SAN ISIDRO**

SERIE CONTEMPORÁNEA



**COLEGIO DE ABOGADOS DE SAN ISIDRO**

MARTIN Y OMAR 339, SAN ISIDRO, PROVINCIA DE BUENOS AIRES