

Revista Jurídica



Universidad de
San Andrés

N°4 | Jul 2017

ISSN 2314-3150



CUERPO EDITOR

Directora

Lara Benítez

Editores

Juan Manuel Ruiz

Dolores Reyes

Juan Ignacio Leguízamo

Agustín Colque

Agustín Lastra

Sofía Baldino

Federica Vitale

Ezequiel Carrizo

Helena Gouguenheim

Lorenzo Reyes

Román Paz

Estanislao Fuentes Benítez

COORDINACIÓN
ACADÉMICA

Jimena Báez Breard

AUTORIDADES DE SAN ANDRÉS

Rector

Lucas S. Grosman

Vicerrector

Martín Rossi

Directora del Departamento de Derecho

Florencia Saulino

ÍNDICE

ARTÍCULOS | RESEÑAS

ARTÍCULOS

Legitimidad, Lealtad Cívica e Inocencia Por Hugo Seleme	1
El Contrato de PPP y su nuevo atractivo: los mecanismos de resolución de disputas Por Francisco J. Muñoz	53
El derecho a la objeción de conciencia frente al aborto no punible Por Juan Pablo Nora	92
La crisis energética en la Argentina y su relación con la ausencia de un marco jurídico estable, con miras hacia la explotación de los hidrocarburos no convencionales Por Delfina Chain	133
Fábricas recuperadas, propiedad y Estado de derecho: un estudio de caso del proceso de recuperación de la empresa textil alcoyana a la luz de las teorías de la propiedad progresiva Por Leopoldo Pérez Obregón	188
La tutela de la vivienda con especial referencia al Código Civil y Comercial Por Carlos Enrique Ribera	259

RESEÑAS

Buompadre, J. E. (2016). <i>Violencia de género en la era digital: Modalidades mediante el uso de la tecnología</i> . 1° ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea. 280 p.; 23x16cm Por Gloria Orrego Hoyos	300
Herrera, Enrique. (2015). <i>Práctica metodológica de la investigación jurídica</i> Por Gloria Orrego Hoyos y Andrea Saladino	304

LEGITIMIDAD, LEALTAD CÍVICA E INOCENCIA

*Hugo O. Seleme**

I. INTRODUCCIÓN

La legitimidad y la justicia son los valores políticos por excelencia. Un esquema institucional legítimo es aquel que pertenece a quienes se aplica de modo coercitivo. Adicionalmente es justo cuando distribuye las cargas y beneficios de manera que sea aceptable para ciudadanos que se perciben a sí mismos como libres e iguales. Mientras que las instituciones son legítimas cuando pueden ser atribuidas a los ciudadanos que habitan en ellas, son justas cuando distribuyen los derechos, deberes, oportunidades y recursos de una manera que no es arbitraria.

El presente trabajo se enmarca en el debate acerca de la legitimidad política y deja sin abordar de modo deliberado cualquier aspecto que pudiese estar vinculado con la justicia. Esto no implica negar que la justicia sea el valor que mayor relevancia política posee, sino solo que la legitimidad es un valor distinto que merece un tratamiento diferenciado.

Las instituciones que pueden ser evaluadas en términos de legitimidad, a su vez pueden ser simples o complejas. Un esquema institucional es simple cuando solo está compuesto de reglas que se dirigen a los ciudadanos con el objeto de fijar cuales son su deberes, derechos o potestades. Un esquema institucional es complejo cuando además

* Hugo O. Seleme es abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (1995). Es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (2002). Es Profesor en Filosofía y Ciencias de la Educación egresado del Instituto Católico del Profesorado de Córdoba (1990), y Diplomado en Comercio Internacional por la Universidad de Santiago de Chile y el Colegio Universitario Instituto Superior en Ciencias Comerciales (1998).

Actualmente, se desempeña como Investigador Independiente del CONICET, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Es Profesor de Teoría General del Derecho en la Universidad de San Andrés. Es Profesor Adjunto por concurso de Ética, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad nacional de Córdoba. HCD 142/09, (con licencia por cargo de mayor jerarquía). Es Profesor Titular interino de Ética, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Desde el 2010. Última designación HCD 83/13.

Es Profesor Asistente por concurso de Filosofía del Derecho, cátedra "B", Facultad de Derecho y Profesor de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (2008, 2011, 2012, 2013 y 2014).

Es Director de la Maestría en Derecho y Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (2013 y continúa).

posee reglas que establecen el procedimiento por el cual se debe determinar por parte de ciertos funcionarios si las reglas dirigidas a los ciudadanos han sido o no transgredidas. Las instituciones jurídicas son el caso paradigmático de este tipo de esquema complejo.

Utilizando una terminología elaborada por los juristas puede señalarse que tanto el derecho sustantivo como el derecho procesal puede ser objeto de evaluación en términos de legitimidad. Para que la aplicación coercitiva del derecho por parte de un tribunal sea legítima, deben darse al menos dos condiciones: que sea legítima la norma sustantiva en base a la cual se ejercita la coacción y que también lo sean las normas que regulan el proceso por el cual se ha constatado que la norma sustantiva ha sido transgredida.

Por último, las exigencias de legitimidad también pueden utilizarse para evaluar las conductas y actitudes personales. Así, por ejemplo, si un esquema de instituciones jurídicas es legítimo, será ilegítima la conducta de quien se resiste a que se le imponga coercitivamente. Lo mismo sucede con las actitudes no propositivas. Las exigencias de legitimidad pueden servir para evaluar rasgos de carácter personal y, en su caso, recomendar o ponderar algunos de ellos como virtudes políticas. Finalmente, y lo que es más controvertido, algo semejante sucede con las actitudes propositivas. Los requerimientos de legitimidad pueden utilizarse para evaluar las creencias que los ciudadanos poseen con relación a los otros miembros de su comunidad política.

De modo que las exigencias de legitimidad pueden utilizarse para evaluar las reglas institucionales –sociales o jurídicas, sean sustantivas o procesales– las conductas públicas, las actitudes no propositivas o rasgos de carácter, y las actitudes propositivas o creencias. Siendo tan variados los dominios sobre los que este valor político extiende su influencia, es de esperar que las consideraciones de legitimidad política que son relevantes en un dominio tengan repercusión sobre los demás. El objetivo del presente trabajo es develar una parte de este entramado.

La hipótesis que pretendo defender sostiene que lo que justifica uno de los principios sobre el que se estructura el proceso penal –la presunción de inocencia– es una exigencia más general de lealtad cívica. Una vez que el principio de lealtad cívica es identificado, es posible advertir que el mismo también determina que los miembros de una comunidad política legítima deban tener unos respecto de otros ciertas creencias. Específicamente, cada uno tiene razones de moralidad política para creer que sus conciudadanos no han transgredido las reglas que organizan la vida en común. Dicho en otras palabras, los

ciudadanos que habitan en un esquema institucional legítimo tienen razones de moralidad política para creer que quienes forman parte de la comunidad política son buenos ciudadanos.

II. PRINCIPIO DE INOCENCIA

Es un lugar común sostener que el principio de inocencia es uno de los pilares sobre los que se asienta el diseño del proceso penal. Sistemas jurídicos en otros aspectos disímiles recogen el principio casi en idénticos términos. En Argentina, antes de la reforma constitucional del año 1994, el principio era extraído del art. 18 según el cual “[n]ingún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. Luego de la reforma, con la incorporación de los tratados y convenciones de Derechos Humanos establecida por el art. 75, inc. 22, el principio posee reconocimiento expreso. Esto se debe a la incorporación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo art. 11, inc. 1, establece que “[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. El mismo principio también está reconocido en otros instrumentos internacionales con jerarquía constitucional como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos², y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³.

El principio también ha sido incorporado recientemente a la Constitución española que en su art. 24, inc. 2, establece que “...todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no

¹ El art. 26, en su primera parte, señala: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.

² El art. 8 inc. 2 sostiene: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”.

³ El art. 14 inc. 2 declara: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”.

declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. En los Estados Unidos el principio ha sido reconocido en numerosos fallos judiciales, siendo el más relevante *Coffin v. United States* donde se señala que “The principle that there is a presumption of innocence in favor of the accused is the undoubted law, axiomatic and elementary”⁴. Por lo que respecta a instrumentos internacionales regionales, la Convención Europea de Derechos Humanos dice en su art. 6, inc. 2, “Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law”.

El principio también ha sido explorado profusamente por la dogmática. Así, para Cardenas Rioseco “la presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano: por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”⁵. Manzini Vincenzo, por su parte, considera que el principio establece que la calidad de no-culpable es inherente a la calidad de persona humana⁶. Para Maier el principio impide otorgar el trato de culpable a cualquier persona, sea cual sea el grado de verosimilitud de la acusación, mientras el Estado a través de sus órganos judiciales no haya declarado su culpabilidad.⁷ Martínez Remigio sostiene que el principio no solo se aplica a la fase del juicio oral sino también al proceso de investigación y a la tarea de evaluación de la prueba por parte del tribunal. Como consecuencia, deben restringirse al mínimo las medidas que reducen derechos durante el proceso, la carga de la prueba cae sobre quien acusa, y debe absolverse si la prueba no es suficiente.⁸ Nogueira Alcalá, por su parte, lo trata como un principio omnicompreensivo que informa todo el proceso y permite distinguir los sistemas acusatorios, fundados en el principio de inocencia, y los sistemas inquisitivos donde el inculpado es tratado como si fuese culpable.⁹

⁴ 156 U.S. 432 (1895), p. 453.

⁵ Raúl F. Cárdenas Rioseco, *La Presunción de Inocencia*, 2da. Edición, (México: Editorial Porrúa, 2006), 23.

⁶ Véase: Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Vol. I, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1951), 180.

⁷ Véase: Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996), 490.

⁸ Véase Zarezca Martínez Remigio, “Presunción de inocencia en el proceso penal”, *Revista Jurídica Justicia y Derecho*, n.º 5, (Año 3, 2005), 25.

⁹ Véase Humberto Nogueira Alcalá, “Consideraciones sobre el derecho”, *Revista Ius et Praxis*, n.º 1 (Vol. 11, 2005).

Quizás por el rango de las normas en las que el principio es expuesto –tratados internacionales y textos constitucionales–, por la pluralidad de sistemas jurídicos de los que forma parte, o por el número creciente de dogmáticos que han focalizado su atención en el mismo, ha existido una proliferación de ámbitos en los que el principio de inocencia se considera aplicable. Tradicionalmente se entiende que el principio tiene aplicaciones tanto procesales como extraprocesales. Con referencia a estas últimas, se sostiene que ni los órganos gubernamentales –diferentes a los involucrados en el proceso judicial– ni los particulares pueden conferir a ningún ciudadano el trato de un autor del delito, hasta tanto esto no haya sido establecido en un proceso judicial. Así, por ejemplo, los medios de comunicación no pueden afirmar que un ciudadano es culpable de un delito si esto no ha sido determinado judicialmente.

Las aplicaciones procesales son variadas. En primer lugar, se piensa que el principio de inocencia informa todo el proceso y justifica las diferentes garantías propias de un sistema acusatorio. Entendido de esta manera funciona como un mandato que el Constituyente ha dirigido al legislador ordinario para que establezca un procedimiento con las debidas garantías. En segundo lugar, el principio ha sido interpretado como estipulando el tipo de tratamiento que debe recibir por parte de los órganos del Estado cualquier persona sometida a proceso. En ningún caso podrá ser tratado como culpable, adelantando cualquier tipo de condena. El principio establece que las medidas cautelares impuestas sobre el sujeto del proceso, como la prisión preventiva, deben ser excepcionales.¹⁰ En tercer lugar, el principio puede ser visto como uno que aspira a regular la actividad probatoria. Entendido de este modo, el principio prescribe, por caso, la inversión de la carga de la actividad probatoria de manera que quien acusa debe demostrar la culpabilidad del procesado, mientras que quien se defiende no debe construir su propia inocencia. Adicionalmente, la actividad probatoria no debe implicar ninguna vulneración a los derechos que el sujeto del proceso, en tanto ciudadano inocente, posee. Ciertos medios de prueba –como la confesión obtenida mediante torturas– son inadmisibles debido a la manera, contraria al principio de inocencia, en que han sido

¹⁰ Las posiciones sobre este tema se dividen entre aquellos que piensan que existe una tensión irresoluble entre el principio de inocencia y la posibilidad del Estado de imponer medidas cautelares. La tensión puede ser resuelta solo si se elimina el principio de inocencia, o si se niega la potestad estatal para imponer medidas tales como la prisión preventiva. Por otro lado están quienes piensan que aunque existe tensión esta no es irresoluble y defienden un principio de inocencia con excepciones más o menos numerosas en lo que respecta a la imposición de medidas cautelares.

obtenidos. En cuarto lugar, el principio de inocencia puede concebirse como regulando la adopción de una decisión acerca de qué hechos han sido probados. Tal como señala Jordi Ferrer Beltrán, para adoptar una decisión acerca de si una hipótesis ha sido o no probada –luego de que la prueba ha sido producida y valorada– es necesario utilizar un estándar de prueba. El principio de inocencia puede servir como elemento para fijar el estándar de prueba o como regla para decidir cómo proceder cuando existe duda acerca de si el estándar de prueba ha sido o no satisfecho.

Mi interés en este trabajo estará focalizado en el tercer y cuarto elemento antes señalado. Es decir, exploraré el principio de inocencia como regla que se aplica a la actividad probatoria, específicamente estableciendo la manera en que se distribuye la carga de la prueba, y como regla de juicio acerca de qué hechos han sido probados. Circunscribir la exposición a estos aspectos del principio no implica tomar partido acerca de si los restantes son o no relevantes.¹¹ Dada la multiplicidad de ámbitos en que el principio es utilizado, es necesario formular algún tipo de recorte del objeto de estudio.

De lo que se trata, entonces, es de identificar las razones que justifican la idea – asociada al principio de inocencia –de que es la parte acusadora en un proceso penal la que debe probar la comisión del delito. ¿Por qué razón quien afirma su inocencia no debe probarla, mientras que quien atribuye a otro la comisión de un delito sí debe hacerlo? Si tanto uno como otro formulan una afirmación ¿qué explica que la carga de la prueba caiga sobre uno de ellos? La respuesta habitual es que dado que el principio de inocencia establece el *status* de todo ciudadano, es a quien pretende alterarlo declarando su culpabilidad a quien le compete la carga probatoria.

Adicionalmente, entendiendo al principio de inocencia como regla de juicio, es necesario determinar cuáles son las razones que fundan la idea de que allí donde se aplica el principio de inocencia el estándar de prueba debe ser más exigente. Se sostiene que en los procesos civiles, donde el principio presumiblemente no tiene cabida, el estándar de prueba es menos demandante que en aquellos procesos donde el principio se aplica. Esto explicaría porque el estándar de prueba habitual en materia civil es el de la prueba prevaeciente, mientras que en materia penal es uno más robusto, como por ejemplo el de

¹¹ Jordi Ferrer Beltrán ha sostenido que la única aplicación no redundante del principio se da en el ámbito de la determinación acerca de si los hechos han sido probados de acuerdo con un estándar de prueba. Descartar como objeto de estudio algunas de las aplicaciones del principio que Ferrer considera superfluas no implica coincidir con su conclusión (Jordi Ferrer Beltrán, “Una Concepción Minimalista y Garantista de la Presunción de Inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, n.º 1 (Vol. 4, 2010).

la duda razonable. Por supuesto, como tendremos ocasión de examinar, el estándar de la duda razonable no es el único cuyo grado de exigencia es compatible con el principio de inocencia.

Finalmente, en tanto regla de juicio, el principio de inocencia posee una función adicional. Dado que todo estándar de prueba poseerá un grado de vaguedad, existirán casos donde no esté claro que el estándar ha sido alcanzado. Como señala Ferrer Beltrán, quien piensa que el principio de inocencia solo se aplica a este supuesto, “[s]e trata de casos que podríamos llamar de duda de segundo orden: es dudoso si hay duda suficiente. Por ello, la presunción de inocencia como *in dubio pro reo* operaría en esos casos: en caso de duda sobre el cumplimiento del estándar, debería absolverse al acusado.”¹²

Una característica saliente del principio de inocencia, entendido como regulación de la actividad probatoria o como regla de juicio, es que no se aplica a cualquier proceso judicial. Su ámbito paradigmático de aplicación es el proceso penal. Sin embargo, con el paso del tiempo ha pasado a ser aplicado a otros procesos sancionatorios de carácter administrativo. También se ha argumentado que su ámbito de influencia debe extenderse a los procesos laborales donde se persigue la imposición de la sanción de despido. Sin embargo, a pesar de estas extensiones, es todavía sostenido de manera generalizada que su aplicación no tiene cabida en procesos de índole civil.

Las razones para excluir la presunción en materia civil han sido variadas. En primer lugar, ha sido señalado que el principio se aplica allí donde existe el riesgo de que el Estado a través de su actuación sancionatoria afecte bienes jurídicos fundamentales. Así, mientras en materia penal se encuentra en juego la libertad, en materia civil solo están en juego cuestiones patrimoniales. En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, el principio funcionaría solo como una valla frente a la actuación del Estado. El principio solo puede ser esgrimido frente al Estado pero no frente a otros particulares. Dado que en los procesos civiles contenciosos ambas partes son meros ciudadanos, ninguno de ellos puede esgrimir frente al otro el principio de inocencia.

Por último, una característica adicional del principio de inocencia –entendido como regla que organiza la actividad probatoria y regla de juicio– es que se concibe como una pauta que solo incide sobre la manera en que debe organizarse el proceso. Se piensa que sostener que el principio de inocencia es una regla probatoria o una regla de juicio no

¹² Jordi Ferrer Beltrán (2010).

tiene ninguna implicancia sobre la legislación sustantiva o legislación de fondo. Específicamente, se entiende que el principio no dice nada acerca de qué conductas pueden ser criminalizadas y cuáles no por parte del legislador. El principio solo señala que sea cuales sean las conductas tipificadas penalmente por el legislador, la carga de la prueba durante el proceso debe estar sobre quien acusa, el estándar de prueba debe ser elevado y en caso de duda sobre la satisfacción del estándar de prueba debe procederse a la absolución.

Determinar si esta manera de concebir el principio de inocencia como regla de prueba y de juicio es la correcta, solo puede llevarse a cabo desde una concepción normativa acerca de cuál es el modo legítimo de diseñar las instituciones estatales. Sin una concepción de la legitimidad política, ni siquiera es posible establecer cuál es la interpretación de los textos jurídicos que permite justificar el ejercicio de la coacción estatal a través del proceso judicial.¹³ A presentar la concepción de la legitimidad que considero correcta, dedicaré el próximo apartado.

III. LEGITIMIDAD POLÍTICA COMO AUTORÍA¹⁴

La legitimidad política es la respuesta a una característica moralmente problemática que poseen las instituciones estatales: su carácter coactivo. El problema se presenta porque la coactividad del esquema institucional pone en riesgo dos intereses que posee cualquier sujeto sensible a razones. Un agente tal posee dos aspiraciones: dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones y que estas consideraciones sean genuinas razones.¹⁵ Si su vida es dirigida a partir de las decisiones de otro o a partir de decisiones

¹³ Aunque creo que existen razones para inclinarse por una concepción interpretativista del Derecho como la defendida por Ronald Dworkin, no tengo espacio en el presente trabajo para dar argumentos en su defensa. No obstante, nada de lo que se argumenta a continuación depende de la asunción de que esta concepción del derecho es la correcta. Quien sostenga una concepción positivista del Derecho verá el argumento que propongo no como un argumento interpretativo de carácter jurídico sino como un argumento de mera moralidad política.

¹⁴ Hago aquí una presentación esquemática de una teoría de la legitimidad que he desarrollado en otro trabajo [Hugo Omar Seleme, “La Legitimidad Como Autoría”, *Revista Brasileira de Filosofia* (2010), 73–99].

¹⁵ Uno modo de justificar esta concepción normativa de persona es sostener que los más característico que posee el ser humano – y también lo más valioso – es su capacidad para evaluar y sopesar razones y para conducir su propia vida de acuerdo a ellas. Lo valioso de esta capacidad determina que tanto el interés en dirigir su vida a partir de sus consideraciones como el interés en que estas sean genuinas razones, sea moralmente relevante para decidir qué nos debemos en nuestro trato mutuo. No obstante, no creo que esta sea la única justificación posible. Otras justificaciones, sin tanto peso metafísico pienso que también se encuentran disponibles.

propias, pero no fundadas en genuinas razones, sus intereses en tanto agente racional no han sido satisfechos.

El primero de estos intereses, el de dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones, es el que es amenazado por la existencia de un esquema institucional estatal coercitivo con efectos profundos sobre los individuos a quienes se aplica. Es esta amenaza planteada por la coercitividad a la que da respuesta la legitimidad política. Donde sea que tal amenaza se plantea, las exigencias de legitimidad política se aplican.

Dos rasgos de las instituciones estatales hacen que posean carácter coercitivo. En primer lugar, la existencia de un esquema institucional estatal vuelve más probable que un individuo opte por ciertos cursos de acción o soporte determinados estados de cosas. Un modo en que el esquema estatal produce este efecto sobre las probabilidades es a través de la imposición de sanciones a la realización u omisión de ciertas acciones, o a través de la utilización de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza para que determinado estado de cosas se materialice. No obstante, esta no es la única manera en que dicho esquema incide sobre las probabilidades de que un individuo siga un curso de acción o soporte un estado de cosas, con independencia de cuál sea su voluntad. Así, por ejemplo, el modo en que un esquema institucional recompensa los talentos naturales, o la manera en que distribuye el ingreso o las oportunidades, determina que sea más probable para un individuo elegir una carrera en lugar de otra –optar por cierto curso de acción- o disponer de ciertos recursos o bienes –soportar un estado de cosas-.

Este modo de concebir el carácter coactivo de un esquema institucional se aparta de la idea tradicional según la cual una regla o esquema institucional posee este carácter solo cuando su cumplimiento se encuentra respaldado por la amenaza de una sanción o por el uso de la fuerza. La concepción tradicional entiende a la coerción como interferencia.¹⁶ La razón de ello radica en que la amenaza de sanción o el uso de la fuerza aumentan las probabilidades de que el agente adopte un curso de acción con independencia de cuál sea su voluntad. No obstante, si es este efecto sobre las probabilidades el que hace que un

¹⁶ Arthur Ripstein señala como representante paradigmático de la concepción tradicional a Stuart Mill. La coerción: "...interferes with a person's liberty, and does so by imposing a cost on that person that he or she would not otherwise have borne..." (Arthur Ripstein, "Authority and Coercion". *Philosophy and Public Affairs* (32, 2004): 2-35). Philip Pettit, por su parte, traza el origen de la noción de libertad como no-interferencia que subyace a la concepción tradicional de coerción hasta Hobbes (Philip Pettit, *Made with Words: Hobbes on Language, Mind and Politics*. New Jersey: Princeton University Press, 2008; Philip Pettit, y Frank Lovett, "Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program", *Annual Review of Political Science* (12, 2009): 11-29; 15.

esquema respaldado por la amenaza de sanción o el uso de la fuerza cuenta como coactivo, no existe razón para sostener que normas o esquemas institucionales que producen idéntico efecto aun sin estar respaldadas por la amenaza de sanción o el uso de la fuerza, no son coactivas. La existencia de normas que recompensan la posesión y el desarrollo de ciertos talentos naturales, o que distribuyen los recursos y las oportunidades, inciden sobre la probabilidad de que un individuo adopte ciertos cursos de acción o soporte determinados estados de cosas, del mismo modo en que lo hacen las normas respaldadas por el uso de la fuerza o la amenaza de sanción.

El segundo rasgo del esquema estatal que determina que sea coercitivo consiste en que éste no solo produce el efecto antes señalado sino que *persigue* el efecto de aumentar la probabilidad de un curso de acción o el acaecimiento de un estado de cosas sobre ciertos individuos.¹⁷ El carácter intencional de la incidencia sobre el aumento de las probabilidades es lo que permite distinguir la idea de coacción de las meras externalidades negativas. Si un individuo realiza una acción con la intención de incidir sobre las probabilidades de que otro adopte un curso de acción o sufra un estado de cosas –y tiene éxito en su cometido– entonces lo ha coaccionado. Si, por el contrario, realiza una acción sin la intención antes señalada, pero incide sobre las probabilidades de que otro adopte un curso de acción o soporte un estado de cosas, su acción ha producido que otro soporte una externalidad positiva o negativa pero no consiste en un ejercicio de la coacción.

Para entender la distinción entre externalidad negativa y coacción puede ser de utilidad un ejemplo propuesto por Nozick. Nozick nos propone imaginar una situación donde hay 26 mujeres (A, B, C, ..., Z) y 26 varones (A', B', C' ... Z') con deseos de casarse. Cada uno de los individuos tiene el mismo orden de preferencias con relación a la lista de individuos del sexo opuesto. Cada uno prefiere en orden decreciente desde el individuo

¹⁷ Con ligeras modificaciones he estado interpretando coacción del mismo modo que Pettit utiliza el concepto de dominación. He decidido, no obstante, utilizar otra terminología por dos motivos. En primer lugar, no tengo claro si Pettit afirmaría que puede existir dominación sin intención de dominar. Si este fuese el caso, su noción de dominación sería diferente de la noción de coacción que estoy utilizando, puesto que no puede existir coacción sin intención de coaccionar. Pettit simplemente señala: “One person, A, controls the choice of another person, B, when A does something that has the intentional or quasi-intentional effect of raising the probability that B will choose according to A’s taste or judgment –raising it beyond the probability that this would have had in A’s absence...” (Philip Pettit, “Law and Liberty”, *Legal Republicanism: National and International Perspectives*, Oxford: Oxford University Press (2009): 39-59; 42). Esto, todavía no es concluyente respecto a si debe o no existir intención de dominar o controlar. En segundo lugar, mientras Pettit piensa que la exigencia moral que engendra la posibilidad de que exista dominación es la de no-dominación o control, la coacción tal como quedará más claro en lo que sigue no engendra la exigencia moral de no-coacción sino la de *autoría*.

A o A` (según que sea varón o mujer) hasta el individuo Z o Z`. Todos los varones lo que más prefieren es casarse con A y luego sigue B y así hasta Z. Todas las mujeres a quien más prefieren es a A` y luego a B` y así hasta Z`. Supongamos que A y A` se casan, esto aumenta la probabilidad de que los otros individuos adopten un curso de acción –es ahora más probable que adopten el segundo individuo en la lista de los que más desean puesto que los primeros ya se han casado entre sí– pero no por esto afirmamos que A y A` han coaccionado a los 50 individuos restantes. Ni siquiera lo afirmamos en el caso extremo donde todos ya han elegido sus parejas y se han casado, salvo Z y Z`. Aunque no tienen más que una opción para elegir, aunque el casamiento de los otros ha aumentado las probabilidades de que se elijan recíprocamente, no pensamos por ello que hayan sido coaccionados¹⁸. Lo que determina que aquí no haya coacción es que cada uno de los individuos que elige su pareja no tiene la intención de incidir sobre los posibles cursos de acción de los demás. Su única intención es casarse con quien ha elegido. La incidencia sobre el aumento de la probabilidad de que otro adopte cierto curso de acción –el de elegir a la persona que sigue en su lista de preferencias– es una mera externalidad.

Si variamos el ejemplo, puede verse que lo relevante se encuentra en la intención. Imaginemos ahora que las preferencias que cada individuo perteneciente al grupo A, B...salvo Z se refiere a que el resto no se case con A', B' y así en orden decreciente. Z, por su parte, tiene las mismas preferencias que en el caso anterior. El prefiere casarse con A', luego le sigue B' y así en orden decreciente. A', B'...Z' prefieren casarse aunque les es indistinto con quien del otro grupo lo hagan, lo harán con quien se los pida. En este caso imaginemos que A y A' se casan. A porque lo que más desea es que ninguno de los otros se case con A' y casarse con ella es un modo de evitar que los otros puedan hacerlo. A' porque le es indistinto con quien casarse y A fue el primero en ofrecérselo. Luego le toca el turno a B que elige a B' y así sucesivamente hasta llegar a Z. Cuando Z elige solo le queda una opción disponible Z', que era la pareja que menos deseaba. Todos desde A hasta Y han tenido la intención de evitar que Z se casase con alguien, A tenía la intención de que no se casase con A', B con B' y así sucesivamente. ¿Puede Z quejarse de algo en esta nueva situación? Pienso que sí. Todos han incidido de modo intencional en el modo en que Z conduce su existencia. Todos han intentado determinar a quien elige como pareja. En este sentido, puede afirmarse que Z ha sido coaccionado. La acción de cada

¹⁸ Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, (New York: Basic Books, 1974), 263.

uno de los otros ha tenido el efecto intencional de aumentar las probabilidades de que Z adopte un curso de acción.¹⁹

Que el aumento de la probabilidad sea ahora intencional es lo que nos inclina a evaluar estos casos de modo diverso y a pensar que, a diferencia de lo que sucedía en la situación anterior, ha existido algún tipo de coacción. La situación tiene la misma estructura que la que se presenta cuando se utiliza la amenaza o la fuerza. Si A, B...Y, para evitar que otros se casen con A', B'...Z', formulan la amenaza de que si otro lo hace recibirá un castigo o ponen obstáculos materiales para que el casamiento pueda celebrarse, lo que han hecho ha sido elevar de modo intencional las probabilidades de que otros no tomen este curso de acción. Lo mismo que han hecho, en el caso antes descrito, al casarse con sus respectivas parejas. Lo que muestra el ejemplo, es que existe coacción cuando de modo intencional se incide sobre las probabilidades de que otro adopte un curso de acción o soporte un estado de cosas.

Trasladado a los esquemas institucionales, tenemos entonces que un esquema es coactivo –por caso el Estado– cuando incide sobre la probabilidad de que un agente elija un curso de acción o soporte un estado de cosas y, adicionalmente, cuando esa es su *pretensión*, esto es, cuando la incidencia en las probabilidades se trata de una consecuencia intencional. Esto nos deja con el problema de determinar sobre quienes recaen las consecuencias *intencionales* de un esquema institucional estatal.

Thomas Pogge ha trazado una distinción entre las consecuencias producidas intencionalmente por las instituciones y aquellas que no lo son.²⁰ Lo primero que Pogge distingue son las consecuencias que los esquemas institucionales *producen* –aquellos efectos que no sucederían en ausencia del esquema institucional–, de aquellas que meramente *dejan acaecer* –aquellos efectos que suceden con independencia de la existencia del esquema institucional–. Las consecuencias producidas intencionalmente²¹ son un subconjunto de las consecuencias *producidas*. En particular, se trata de las consecuencias *establecidas* de modo directo por el esquema institucional a través de sus

¹⁹ Me he concentrado en el caso de Z porque es en quien la coacción se percibe con mayor fuerza. No obstante, salvo A el resto de los individuos en grado creciente se encuentran coaccionados. Las acciones de otros han aumentado de modo intencional la probabilidad de que adopten un curso de acción, a saber, no casarse con las parejas que los demás han elegido.

²⁰ Thomas Pogge, *Realizing Rawls*, (Ithaca: Cornell University, 1989), 45.

²¹ Estas consecuencias son las consideradas moralmente relevantes por las concepciones que adoptan un enfoque deontológico a la hora de evaluar diseños institucionales. Una concepción paradigmáticamente deontológica, en este sentido, es la de Nozick.

reglas. Por ejemplo, una consecuencia *establecida* por las reglas que crean una economía de mercado es que las personas puedan comprar y vender. Una consecuencia *producida*, pero no *establecida* sino meramente *engendrada*, del mismo conjunto de reglas es que si algunas personas no tienen nada de valor para ofrecer caigan por debajo de la pobreza²². Esta última consecuencia es *producida* –ya que estas personas presumiblemente no serían pobres si existiese otro conjunto de reglas que regulase la economía– pero no es *establecida* en tanto no hay ninguna regla que fije de modo explícito su nivel de ingresos.

Tomando la distinción de Pogge puede señalarse, entonces, que un esquema institucional pretende incidir solo sobre los probables cursos de acción que adoptan o los estados de cosas que soportan aquellos a quienes *establece* como destinatarios, no sobre todos en quienes *produce* consecuencias. Puesto que el esquema institucional estatal *establece* como destinatarios a sus propios ciudadanos²³, son estos quienes se encuentran sujetos a coacción. Las consecuencias que un esquema institucional previsiblemente *engendra* sirven para determinar a qué han sido coaccionados aquellos a quienes *establece* como destinatarios.²⁴ Así, por ejemplo, en el caso del esquema institucional que organiza la economía de mercado dentro de un Estado, las personas a quienes se aplica coercitivamente serán quienes habitan el territorio del mismo, a quienes las normas *establecen* como destinatarios. La consecuencia engendrada de la pobreza, servirá para determinar a qué han sido coaccionados algunos de estos ciudadanos. Si la pobreza, como una consecuencia engendrada, recae tanto sobre sujetos a quienes el esquema *establece* como destinatarios como sobre quienes no lo son, dado el carácter intencional de la coacción, solo de los primeros puede afirmarse que de modo coactivo han sido puestos en una situación de pobreza. Los segundos son solo víctimas de una externalidad negativa

²² Por supuesto, si las instituciones de la economía de mercado se complementan con políticas sociales y un sistema de redistribución del ingreso y la riqueza, por ejemplo a través del sistema tributario y el gasto público, entonces el efecto señalado en el texto no se produciría. Agradezco a un evaluador anónimo el haberme hecho notar la necesidad de introducir esta aclaración.

²³ “Ciudadano” no está entendido aquí en sentido técnico. Solo hace referencia al individuo que tiene su residencia dentro del territorio estatal. Que las instituciones estatales establezcan como destinatarios a los residentes es una consecuencia de que el Estado sea una organización de base territorial.

²⁴ Esta distinción captura algo característico de la coacción. Mientras no puede ser el caso que un sujeto coaccione a otro sin intención, es posible que lo coaccione a adoptar un curso de acción o soportar un estado de cosas que se encontraba más allá de su intención. Si amenaza a alguien con la intención de que se haga un disparo en la cabeza a consecuencia del cual muere, sin duda lo he coaccionado. La intención cuenta a la hora de establecer si hubo o no coacción y quien es el sujeto coaccionado. Sin embargo, no cuenta para determinar a qué lo coaccioné. Lo he coaccionado a matarse, con independencia de que mi intención haya sido esa o no. La previsibilidad de la consecuencia, y no mi intención efectiva, es la que cuenta en este último caso.

producida por el esquema institucional, pero no son sujetos a quienes el esquema institucional se aplica coactivamente. Así, si las instituciones que organizan la economía de mercado en un Estado tienen efectos colaterales en quienes habitan un Estado vecino –por ejemplo, alterando su nivel de ingreso debido al aumento o disminución de las exportaciones - los ciudadanos del segundo Estado no están siendo coaccionados por el esquema institucional del país vecino. Están sufriendo o disfrutando de sus consecuencias, pero en tanto aquel esquema no los *establece* como destinatarios, falta el requisito de la intencionalidad y, por tanto, no hay coacción.

El esquema de instituciones estatales incide de modo intencional sobre las probabilidades que tienen aquellos a quienes *establece* como destinatarios de adoptar ciertos cursos de acción o soportar ciertos estados de cosas. Para determinar a qué son coaccionados –esto es para determinar los cursos de acción o estado de cosas sobre cuya probabilidad incide el esquema institucional– lo relevante son las consecuencias que previsiblemente *engendradas*.

Lo señalado permite apreciar la magnitud de la amenaza que las instituciones estatales imponen sobre los individuos a quienes se aplican. La incidencia de las instituciones estatales sobre la probabilidad de que los ciudadanos adopten cierto tipo de acción o soporten cierto estado de cosas configura a sus ciudadanos en quienes son. No poseen ninguna identidad previa con la que arriben al mundo social. No existe otro lugar en el que los ciudadanos hayan sido configurados y desde el cual luego arriban a las instituciones estatales. Son las instituciones sociales en las que han nacido y crecido las que configuran –al incidir sobre las probabilidades de curso de acción y estados de cosas– los rasgos particulares que poseen.²⁵ El diseño de las instituciones estatales incide sobre sus oportunidades vitales –confiriéndoles una porción mayor o menor de recursos y derechos–, sobre la configuración de sus deseos y preferencias, y sobre el desarrollo de sus talentos personales.

La aplicación de un esquema coactivo de esta magnitud sobre individuos que – en

²⁵ Que los vínculos socio-políticos configuren a los sujetos que somos, ha sido enfatizado por el Comunitarismo (Charles Taylor, *Sources of the Self*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press., 1989); Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1982); Alasdair MacIntyre, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, (London: Duckworth, 1981). Sin embargo, contrario a lo que algunos comunitaristas sostienen, éste no es un hecho que sea negado por el liberalismo igualitario. La discrepancia reside en otro lugar, a saber, mientras los liberales afirman que existe la posibilidad de que podamos y debamos tomar distancia de tales vínculos para evaluar nuestras instituciones desde el punto de vista de la justicia distributiva, los comunitaristas lo niegan.

tanto agentes racionales– tienen interés en dirigir sus vidas a partir de sus *propias* consideraciones genera una amenaza que exige solución. La amenaza reside en que los cursos de acción que adoptan los individuos, los estados de cosas que soportan y hasta su misma configuración personal, esté determinada por las instituciones estatales en lugar de sus *propias* consideraciones. Dicho de otro modo, el riesgo reside en que el interés que tiene cada ciudadano –en tanto agente racional– en ser el *autor* de su propia vida y configuración personal se vea frustrado por la existencia de instituciones coercitivas.

El modo de conjurar esta amenaza, la respuesta al problema, consiste en hacer que donde sea que la existencia de instituciones coercitivas estatales es necesaria, los individuos a quienes se aplican sean colocados por ellas en el rol de *autores*.²⁶ Si en tanto agente sensible a razones un individuo tiene interés en dirigir su vida a partir de sus *propias* consideraciones, en ser su *autor*, y si la incidencia del esquema institucional puede conspirar en contra de la satisfacción de aquél interés, la solución es hacer que todos aquellos a quienes se aplica sean *autores* del mismo. Si la amenaza que plantea la existencia del Estado sobre aquellos a quienes se aplican sus instituciones reside en que sus vidas no estén dirigidas a partir de sus *propias* consideraciones, la solución radica en hacer que el esquema de instituciones estatales sea *propio* de aquellos a quienes se aplica. La solución radica en hacerlos sus *autores*.

Un esquema institucional estatal es legítimo, por tanto, cuando todos aquellos a quienes *establece* como destinatarios son sus *autores*. Dicho de otro modo, un esquema es legítimo cuando satisface las condiciones que permiten imputar su *autoría* a todos aquellos a quienes se aplica. Si este es el caso, el derecho a mandar que un Estado legítimo posee no se correlaciona con un deber –sea este el de obedecer o cualquier otro– sino con una sujeción.²⁷ Si el Estado es legítimo –si sus ciudadanos son puestos por sus instituciones en el rol de *autor*– entonces el Estado posee la potestad de hablar *en su nombre*. Las instituciones estatales satisfacen las condiciones para ser imputadas como *propias* de aquellos a quienes se aplican y, por tanto, las decisiones adoptadas en su seno por los órganos estatales legítimos también pueden ser imputadas a aquellos. En este sentido, el Estado legítimo a través de sus órganos tiene la potestad de hablar *en nombre*

²⁶ Lo señalado presupone que la existencia del Estado se encuentra justificada, tema que no he abordado en el presente trabajo, donde solo me interesa el problema de la legitimidad.

²⁷ Estoy utilizando aquí el término sujeción en el sentido hoffeldiano.

de sus ciudadanos.²⁸

Concebir a la legitimidad como *autoría*, tal como he propuesto, conduce a otra pregunta. ¿Qué condiciones deben satisfacerse para que las instituciones estatales sean de *autoría* de aquellos a quienes se aplican? Como he adelantado, lo que se requiere es que las instituciones estatales coloquen a los ciudadanos en un determinado rol, el de *autor*. La idea es que los sujetos a quienes se aplican las instituciones no son *autores* del diseño institucional porque lo configuran a través de su participación efectiva sino que es el diseño institucional el que los configura como *autores*. *Si un esquema institucional satisface los intereses que los sujetos a quienes se aplica poseen en tanto autores entonces los transforma en tales. Puesto que el principal interés que –en tanto autores– poseen los ciudadanos en relación con sus instituciones es el de participar efectivamente en su diseño y configuración, si las instituciones posibilitan tal cosa entonces son de su autoría, esto es, son legítimas.*

La participación posee dos manifestaciones. La primera, se refiere a tomar parte en la toma de decisiones colectivas. La segunda, se refiere a la aceptación de las decisiones colectivas adoptadas. De modo que existen dos modos en que un esquema institucional puede no tratar como *autores*, no satisfacer los intereses que tienen como participantes, los ciudadanos. Por impedirles que sus opiniones u intereses cuenten en el

²⁸ Mi concepción de la legitimidad debe ser distinguida de otras dos variantes de teorías que no correlacionan el *derecho a mandar* del Estado con el *deber de obediencia* de los ciudadanos. La primera, concibe a la legitimidad como correlacionada con la inexistencia de ciertos derechos por parte de la ciudadanía. Una variante de esta posición la encontramos en aquellas posiciones que afirman que la legitimidad implica la ausencia de derechos de los ciudadanos a no ser coaccionados. La legitimidad del esquema institucional estatal equivale solo a una justificación moral para su imposición coactiva sobre los ciudadanos, lo que no implica que estos tengan con relación a él deber alguno de obediencia (Robert Landenson, “In Defense of a Hobbesian Conception of the Law,” *Philosophy and Public Affairs* 9 (1980): 134-159). La razón por la que los ciudadanos carecen de este derecho varía de una teoría de la legitimidad a otra. La más conocida es la variante hobbesiana de este argumento. Lo que hace que los ciudadanos carezcan de derecho de resistirse a la coacción estatal es el hecho de haber consentido en renunciar a dicho derecho con la única condición de que el resto de conciudadanos hiciese lo mismo. En la concepción que defiendo de la legitimidad, por el contrario, lo relevante es que las instituciones estatales sean *autoría* de los ciudadanos, esto es, sean *propias* de ellos. El que no tengan derecho a oponerse a su aplicación coactiva es solo una consecuencia de que sean legítimas, esto es, *propias*.

La segunda variante de no-correlativismo de la que debe distinguírsele es una que puede ser atribuida a Jeremy Waldron. En su opinión la legitimidad se encuentra correlacionada con el deber de *respeto* por parte de la ciudadanía. Que un esquema institucional sea legítimo exige por parte de la ciudadanía que no lo desacredite inmediatamente, ni que piense en formas de anularlo. Lo que es requerido, si uno desacuerda con su diseño, es el trabajar con responsabilidad para su revocación o derogación y no simplemente desafiarlo o ignorarlo [Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga (Barcelona: Marcial Pons, 2005), 121]. En la legitimidad como *autoría* lo que Landenson y Waldron señalan son vistas como consecuencias de que el esquema institucional sea imputado como propio de aquellos a quienes se aplica.

procedimiento de toma de decisiones colectivas. Por tratarlos como meros súbditos, receptores de órdenes, de quienes no se pretende aceptación sino solo obediencia.

Siguiendo a Charles Beitz²⁹ es posible identificar tres grupos de intereses vinculados con la ciudadanía: el interés en el reconocimiento, en el modo de tratamiento³⁰ y en la responsabilidad deliberativa. En lo que sigue me detendré a mostrar que porción de estos intereses se encuentra vinculada a los dos aspectos antes señalados de la participación, esto es, cuáles de estos intereses son intereses que los ciudadanos tienen como *autores*.

El interés en el reconocimiento se encuentra vinculado al acceso a los roles en los procedimientos de toma de decisiones colectivas. Este interés se refiere a los efectos que tiene sobre la identidad pública el lugar que los procedimientos decisorios asignan a los individuos. Se trata de intereses que los ciudadanos tienen en su calidad de autores, puesto que se encuentran vinculados a su calidad de participantes. Cuando las instituciones están diseñadas de tal modo que una persona es excluida enteramente del acceso a cualquier rol público o cuando los roles en los procedimientos decisorios reflejan la creencia social en la inferioridad de un grupo, el interés en el reconocimiento que todos los ciudadanos tienen como *autores* de las instituciones que se les aplican no es satisfecho. Si una persona o grupo de individuos es excluido del acceso a los roles en los procesos de toma de decisiones colectivas, y tal cosa se encuentra fundada en la creencia social de su inferioridad, entonces el esquema institucional no trata a los excluidos como *autores*, como participantes.³¹

El segundo de estos intereses, el referido al modo de tratamiento, se encuentra vinculado al tipo de participación que se realiza a través de la aceptación del esquema institucional por parte de los ciudadanos. El esquema debe estar diseñado de tal modo de posibilitar dicho involucramiento de la voluntad de aquellos ciudadanos a quienes se aplica. Un tipo de esquema institucional que no hace posible la aceptación por parte de sus ciudadanos, es uno que solo descansa en el uso de la fuerza. Si el esquema coercitivo

²⁹ Charles Beitz, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, (Princeton: Princeton University Press, 1990).

³⁰ Beitz lo denomina “interés en el tratamiento equitativo”.

³¹ Beitz señala que un procedimiento decisorio con estas características “...establish or reinforce the perception that some people’s interests deserve less respect or concern than those of others simple in virtue of their membership in one rather than another social or ascriptive group...” (Beitz, 1990, 110). Para que esto se dé, sin embargo, no basta que algunas personas sean excluidas. Es necesario, además, que tal exclusión se deba a la creencia de que poseen menos valor.

solo puede ser obedecido por el mero temor a la amenaza de sanción, entonces los ciudadanos no son tratados como *autores* sino como meros súbditos.

Finalmente, el tercer tipo de interés se refiere –igual que el primero– a la posibilidad de participar en los procedimientos de toma de decisión colectiva. Se trata del interés en que la toma de decisiones colectivas pueda hacerse en base a una deliberación pública suficientemente informada, donde las opiniones o razones puedan ser consideradas y evaluadas responsablemente. Este tercer interés es satisfecho cuando los procedimientos de toma de decisión son sensibles a las opiniones e intereses de los potenciales afectados.

Entonces, las instituciones estatales que satisfacen estos tres intereses ubican a los ciudadanos en el rol de autor y, por lo tanto, son legítimas. Los intereses de autoría de los ciudadanos se encuentran satisfechos y la amenaza moral que entraña la existencia de un esquema institucional coercitivo estatal se encuentra conjurada. El esquema institucional estatal que coercitivamente incide sobre los ciudadanos y las decisiones colectivas adoptadas por sus órganos satisface las condiciones para ser imputado como propio de aquellos sobre quienes se aplica. Aun si la aplicación del esquema institucional aumenta de manera intencional la probabilidad de que los ciudadanos adopten determinado curso de comportamiento o soporten ciertos estados de cosas, no vulneran el interés que todo agente sensible a razones posee de dirigir su vida de acuerdo a sus propias consideraciones. Aunque las instituciones estatales inciden sobre los cursos de acción que adoptan los ciudadanos, las oportunidades y recursos de que disponen, y el modo en que sus gustos, talentos, y aspiraciones son configurados; aquellos siguen dirigiendo su vida de acuerdo a sus propias consideraciones en tanto son autores de las instituciones que producen estos efectos.

IV. AUTORÍA EN LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

La concepción de la legitimidad que he presentado esquemáticamente en el apartado anterior tiene implicancias tanto con relación al derecho sustantivo como al procedimental. La aplicación coercitiva de las instituciones estatales puede ser llevada adelante de manera generalizada –incidiendo por ejemplo en el monto de recursos, oportunidades y derechos que tiene un conjunto de individuos– o de modo particularizado sobre sujetos individualizados. Para ejercitar este tipo particularizado de

aplicación han sido diseñadas las instituciones procesales. De modo que existen dos estadios en que los sujetos a quienes se aplican las instituciones estatales pueden no ser tratados como autores: en el proceso de creación de las normas jurídicas y en el proceso de aplicación de las normas jurídicas.

Como es previsible, las consecuencias que se siguen de la Legitimidad como Autoría en relación con las normas sustantivas y procedimentales que conforman el sistema jurídico son numerosas y no pueden ser abarcadas en un trabajo focalizado cuyo objetivo último es mostrar la manera en que el principio de inocencia se articula con las exigencias de legitimidad política y los requerimientos correlativos de amistad cívica. Por este motivo, en lo que sigue sólo me detendré a mostrar algunas de las implicancias que tiene la concepción de la legitimidad que he presentado.

El interés en el reconocimiento es satisfecho por las normas sustantivas del sistema jurídico cuando estas confieren a los ciudadanos los derechos y libertades que permiten el acceso a los roles públicos, en las diferentes ramas del gobierno. El derecho a elegir a quienes van a ocupar los diferentes roles en el proceso legislativo, y el derecho a ser elegido para ocupar esos roles es aquí de primordial importancia. Si, como sucedió con las mujeres en gran parte de nuestra historia institucional, un grupo se tiene vedado elegir a quienes van a tomar parte en este proceso de creación del derecho, o ser elegido, entonces no es tratado como *autor* y dicho esquema institucional no le puede ser imputado como propio.

Exigencias análogas aparecen en relación con las normas procesales, una vez que se advierte que el proceso de aplicación de una norma general implica la creación de una norma particular que estará contenida en la parte resolutive de la sentencia. Si a quienes se va a aplicar de manera coactiva e individualizada esta norma particular no se les permite tomar parte de modo activo en su proceso de creación, por ejemplo, proponiendo prueba, controlando la prueba ofrecida, ofreciendo hipótesis explicativas de los extremos acreditados por la prueba rendida, alegando a favor de ellas, etc., entonces no es tratado como *autor*. En tal supuesto, la sentencia obtenida no le puede ser imputada como propia y, por ende, su aplicación coercitiva es ilegítima.

Las normas sustantivas satisfacen el interés en la responsabilidad deliberativa si existen mecanismos institucionales que permiten que las opiniones de los ciudadanos no sean audibles en el proceso legislativo. Algunas herramientas institucionales que

permiten alcanzar este objetivo son, por ejemplo, el derecho a peticionar a las autoridades, la libertad de expresión, el derecho a la iniciativa legislativa popular, entre otras. Una importancia capital posee la forma en la que se encuentra regulado el sistema de partidos políticos y las campañas electorales. Así, por ejemplo, si se permite el financiamiento privado es necesario establecer controles que impidan que los partidos sólo sean vehículos para las opiniones e intereses de los grupos económicos que los asisten económicamente.

El mismo tipo de requerimientos tienen cabida en el proceso judicial. Así, por ejemplo, si el Estado no garantiza la asistencia letrada permitiendo que los intereses y opiniones de las partes sean debidamente introducidos y respaldados, o no exige que la prueba ofrecida sea diligenciada, o no establece que el juzgador deba considerar toda la prueba ofrecida, o no estipula que el resolutorio debe ser el fruto de un correcto razonamiento lógico, o no posibilita que todos los involucrados tengan conocimiento de los actos procesales, entonces el interés en que la sentencia sea el fruto de una deliberación pública suficientemente informada no se encuentra satisfecho.

Las normas sustantivas no satisfacen, finalmente, el interés en el modo de tratamiento si, por ejemplo, establecen un esquema institucional donde una parte de la población es esclava y se encuentra obligada a trabajar a favor de otros, o no tiene garantizado los medios materiales de subsistencia a través de los derechos sociales, o no goza de protección contra el maltrato o el homicidio, o no puede profesar libremente su religión o expresar sus pensamientos, o carece de garantías en contra del trato arbitrario por parte de las autoridades³². Tal esquema de normas sustantivas impide que las instituciones estatales se mantengan en vigor por la aceptación de la ciudadanía. Si lo hacen es sólo por el uso de la fuerza y la amenaza de la coacción.

Al igual que en los dos supuestos anteriores, el interés en el modo de tratamiento impone exigencias sobre las normas adjetivas. Así, por ejemplo, un proceso judicial que establece un estándar de prueba de los hechos que no es preciso o es subjetivo –en el sentido de que depende de las creencias o convicciones del juzgador– no permite

³² En este punto he seguido la exposición que Rawls realiza con relación a las condiciones que un esquema institucional debe satisfacer para ser un esquema de cooperación. Rawls contrapone dicho esquema con lo que denomina una “slave society” [Rawls, John, *The Law of Peoples* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999), 65]. En la terminología que he utilizado, tal sociedad sería una que no permitiría que sus ciudadanos fuesen aceptantes, esto es, descansaría meramente en el uso de la fuerza.

controlar la actividad jurisdiccional e implica someter a los sujetos procesales a decisiones que al ser arbitrarias no son susceptibles de ser aceptadas. Los ciudadanos no son tratados en el ámbito del proceso como sujetos sensibles a razones de los cuales se espera aceptación, sino como meros súbditos que deben acatar –sin posibilidad de control– las decisiones sobre los hechos adoptadas por el juzgador.

Este interés de autoría – centrado en el modo de tratamiento – permite explicar una de las facetas del principio de inocencia. Como he señalado, el principio ha sido interpretado como estipulando la manera en que deben ser tratadas las partes sometidas a proceso. Entendido de esta manera el principio prescribe que ningún ciudadano puede ser tratado en el seno del proceso como culpable, aplicándosele por adelantado cualquier medida de tipo condenatorio. Esta prohibición de aplicar medidas cautelares, como la prisión preventiva, puede ser explicada a partir de los intereses de autoría que el proceso debe satisfacer como herramienta para ejercitar de manera legítima la coacción estatal.

También permite dar cuenta de una de las peculiaridades más salientes del proceso judicial en lo que respecta a la prueba de los hechos. Cualquier evidencia que haya sido obtenida en vulneración de los derechos sustantivos de algún ciudadano –fundados en su interés en el modo de tratamiento– debe ser inadmisibile en el proceso de aplicación del Derecho. Para que el derecho adjetivo satisfaga el interés en el modo de tratamiento no debe consentir el ingreso de evidencia obtenida en violación de los derechos sustantivos que se fundan en este mismo interés.

Si se ponen juntas las consideraciones referidas a cada uno de los tres intereses de autoría que un esquema institucional debe satisfacer para ser legítimo, el resultado es el siguiente. Si un esquema institucional estatal concede a los ciudadanos los derechos y libertades políticas que les permiten acceder a los roles públicos y hacer escuchar sus opiniones –tales como el derecho político a elegir a sus representantes y a ser elegidos, a petionar a las autoridades, a expresarse libremente, etc.– y les garantiza los derechos civiles y sociales que hacen posible que el esquema institucional sea aceptado y no sólo obedecido, entonces los ubica en el rol de autores y, por tanto, es legítimo. Los efectos coercitivos que la existencia de este esquema institucional produce sobre los ciudadanos en general –influyendo sobre los estados de cosas que deben soportar y las acciones u omisiones que deben realizar– se encuentran moralmente justificados.

Si, adicionalmente, el proceso judicial, por ejemplo, permite que los individuos

ofrezcan prueba a favor de sus alegaciones, no permite que se incorpore prueba obtenida en violación de los derechos civiles de los ciudadanos, dispone de un estándar de prueba preciso que no depende de las creencias del juzgador, exige que éste diligencie la prueba, y justifique sus decisiones acerca de los hechos, y no permite que se confiera a los ciudadanos sometidos a proceso el trato de culpables, entonces los ciudadanos involucrados en el proceso son ubicados en el rol de autores y, por tanto, el mismo es legítimo. Los efectos coercitivos que la aplicación individualizada de las normas sustantivas produce sobre algunos ciudadanos en particular –privándolos de algunos de sus derechos y libertades o de su patrimonio– se encuentran moralmente justificados. La sentencia fruto del proceso le es imputable como de autoría y, en consecuencia, su aplicación coercitiva no vulnera su condición de sujetos sensibles a razones.

La imagen que he presentado hasta aquí, de la manera en que las exigencias de legitimidad se trasladan a las normas sustantivas y procesales, ha sido deliberadamente simplificada. En particular, he pasado por alto la siguiente complejidad. La existencia de un esquema institucional sustantivo que ubica a los ciudadanos en el rol de autores – la existencia de una comunidad de autores– genera exigencias adicionales sobre lo que cada uno de los ciudadanos debe creer de los demás. Los ciudadanos se deben, unos a otros, lealtad en las creencias. Esta lealtad en las creencias, a su vez, es la que justifica el modo en que se distribuye la carga de la prueba, el tipo de estándar de prueba que se utiliza en el proceso judicial y la manera en que debe procederse cuando existen dudas acerca de la satisfacción de dicho estándar.

Dedicaré la siguiente sección a explorar las razones que justifican sostener que entre los miembros de una comunidad política legítima existe un deber de lealtad en las creencias. La respuesta que ofreceré involucrará una concepción de la amistad cívica que, al igual que cualquier vínculo de amistad, exige tener en relación con los amigos ciertos tipos de lealtad.

V. AMISTAD CÍVICA, AUTORÍA Y LEALTAD EN LAS CREENCIAS³³

Es natural tomar a Aristóteles como punto de referencia para presentar una concepción de amistad cívica. Aristóteles ha sido uno de los primeros filósofos en hacer de la amistad un objeto de investigación y sus conclusiones han tenido una profunda influencia en este dominio. También ha sido uno de los primeros en presentar el vínculo de ciudadanía como un tipo de amistad. Su tratamiento de la amistad, sin embargo, no es pacíficamente interpretado. Esto se debe a que existen pasajes en su obra que son difíciles de conciliar para ofrecer de ellos una interpretación armónica. Quien más se ha acercado al objetivo de brindar una interpretación unificada de todos ellos ha sido Elijah Millgram³⁴. Su reconstrucción de la concepción aristotélica de amistad es la que tomo como punto de partida.

A pesar del valor exegético de la reconstrucción de Millgram, su mayor virtud es la de haber llamado la atención sobre un aspecto sustantivo novedoso de la concepción aristotélica. Millgram ha identificado un componente central de la amistad: el vínculo de *procreación*. Este elemento permite conciliar los pasajes enigmáticos de Aristóteles y, lo que es más importante, da sustento a algunos de los deberes característicos que se siguen de la amistad. Hace posible entender el requerimiento de brindar una consideración especial a los intereses de quienes son nuestros amigos—lealtad en los intereses— y, como intentaré mostrar, permite explicar el deber que tenemos de desarrollar ciertas creencias en relación con nuestros amigos —lealtad en las creencias—.

A. Amistad y procreación

La concepción aristotélica de amistad presenta dos rasgos de los cuales es difícil ofrecer una justificación unificada. Por un lado, la amistad requiere desear el bien del otro por sí mismo y no como un medio para otros fines. Esto determina, a su vez, que la amistad fundada en el placer o la utilidad no sean genuinos tipos de amistad. Desear el bien de un amigo porque genera placer o utilidad no es desear su bien por sí mismo. Por

³³ En este apartado sigo la presentación de la amistad cívica que he realizado en otro lugar (Véase Hugo Omar Seleme, “¿Qué Debemos Creer de Nuestros Conciudadanos?”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1 (2015): 83–102.

³⁴ Elijah Millgram, “Aristotle on Making Other Selves”, *Canadian Journal of Philosophy* 17 (1987), 361–376.

otro lado, en un enigmático pasaje Aristóteles señala que la amistad involucra tratar al amigo como el otro sujeto o el otro “yo”. El problema reside en encontrar la manera en que ambos rasgos están vinculados.

La solución comienza a vislumbrarse cuando se advierte que para Aristóteles la amistad que tenemos con otros individuos tiene los mismos rasgos que la amistad que tenemos con nosotros mismos. La razón por la que los amigos no mantienen entre sí una relación instrumental es la misma por la que no podemos mantener con nosotros mismos una relación meramente instrumental³⁵. Del mismo modo que me preocupo por promover mis propios intereses porque son *míos* –y no porque esto sea un medio para alcanzar otro objetivo– me preocupo por promover los intereses de mis amigos porque son *suyos*.

Según Aristóteles aquello que justifica que los amigos se preocupen por promover los intereses de sus amigos es lo mismo que justifica que los padres se preocupen por promover los intereses de sus hijos. El vínculo parental al igual que el vínculo de amistad es uno de *procreación*. Para que A sea el *procreador* de B tienen que darse dos circunstancias: “... (i) A is a creator of B in the sense that A is causally responsible for B's being, and (ii) B has the same being that A does...”³⁶. Así, en el caso del amor parental, los hijos son *producto* de sus padres. Los padres son *productores* del ser de sus hijos. El *producto*, a su vez, es la actualización del *productor*. Cuando el *productor* engendra un ser de su misma naturaleza se transforma en *procreador*, porque el *producto* tiene su mismo ser. Por esta razón el *procreador* ama al *procreado* con el mismo tipo de amor que tiene hacia sí mismo y muestra en relación con éste el mismo interés que muestra en relación consigo mismo.

La relación de amistad, según esta reconstrucción de Aristóteles, también implica un vínculo de *procreación*. Es éste vínculo el que justifica las dos características que Aristóteles atribuye a la amistad. En primer lugar, el *procreado* es el otro “yo” del *procreador* porque el *producto* tiene el mismo ser que el *procreador*. La creatura es el otro “yo” del *procreador* porque “...the procreator is responsible for the creature's having the being that they share...”³⁷ En segundo lugar, el *procreador* tiene un interés especial en el bienestar del *procreado* porque éste es una parte de sí mismo, es su actualización.

³⁵ Elijah Millgram, “Aristotle on Making Other Selves”, *Canadian Journal of Philosophy* 17 (1987), 364.

³⁶ Millgram, “Aristotle on Making Other Selves”, 367.

³⁷ Millgram, “Aristotle on Making Other Selves”, 368.

Según Aristóteles, sin embargo, la relación de *procreación* presente en la amistad posee un rasgo específico. Los amigos son los *procreadores* del carácter virtuoso de sus amigos. Los amigos son responsables por el hecho de que sus amigos posean virtud, es decir, son *procreadores* de ellos en tanto sujetos virtuosos. Los amigos tienen una influencia causal en el carácter virtuoso de sus amigos y es esta influencia causal lo que, en última instancia, funda la especial preocupación que tienen en su bienestar. El amigo es parte de uno mismo, una actualización de las propias potencialidades, de un modo análogo en que el hijo es producto de sus padres y actualización de sus potencialidades. Lo que cambia es lo que *procreamos* en nuestros amigos pero la relación de *procreación* es semejante.

Los mecanismos causales a través de los que un amigo *procrea* la virtud en otro son, básicamente, dos. En primer lugar, el amigo actúa como un espejo que devuelve una imagen del otro que le permite percibirse de un modo más objetivo y preciso. El amigo posibilita que el otro advierta cuáles son sus verdaderos rasgos de carácter para cultivarlos o corregirlos. En segundo lugar, el amigo acompaña al sujeto a realizar aquellas actividades que permiten desarrollar rasgos de carácter virtuoso. Dado que estas actividades se realizan mejor acompañado que en soledad, el amigo ayuda a desarrollar la virtud de aquel a quien acompaña³⁸.

Millgram completa su argumento mostrando que para Aristóteles la virtud es parte de lo que hace que alguien virtuoso sea quien es³⁹. Los detalles del argumento no interesan a los fines del presente trabajo. Dos cosas son relevantes en la reconstrucción hasta aquí ofrecida. En primer lugar, la idea de que la amistad involucra la relación de *procreación*, la que a su vez justifica que nos preocupemos especialmente por el bienestar de nuestros amigos y éste sea nuestro otro “yo”. En segundo lugar, que de acuerdo con la concepción aristotélica de amistad el vínculo de amistad es interaccional. La relación de “procreación” se establece a través de interacciones causales efectivas. Causar ciertos rasgos de carácter en nuestros amigos nos vuelve *procreadores* y responsables por su bienestar.⁴⁰

³⁸ Millgram, “Aristotle on Making Other Selves”, 371.

³⁹ Millgram, “Aristotle on Making Other Selves”, 372-376.

⁴⁰ Dean Cocking y Jeanette Kennet han dirigido una crítica a las concepciones de la amistad que presentan el rol del amigo como el de un espejo. Estas visiones, sostiene la crítica, confieren a los amigos un rol pasivo que es inadecuado [Cocking, Dean y Kennett, Jeanette, “Friendship and the Self”, *Ethics* 108 (1998),

Pienso que esta reconstrucción de la concepción de amistad aristotélica en base a la idea de *procreación* permite echar luz sobre su concepción de ciudadanía. Como es sabido, Aristóteles caracteriza la relación de ciudadanía como un tipo de amistad. Ahora bien, si lo característico de la relación de amistad es la *procreación* lo mismo debe ser el caso del vínculo que une a los ciudadanos. Cada ciudadano es *procreador* de la virtud de sus pares. Cada ciudadano es un espejo del otro y contribuye a que juntos desarrollen actividades que promueven los rasgos virtuosos de carácter⁴¹. A su vez esto permite echar nueva luz a la idea de que la amistad cívica implica ver al otro como un igual. Mi conciudadano es un igual en tanto me relaciono con él como otro sujeto, como mi otro “yo”, de modo semejante a como me vinculo conmigo mismo. Por último, esto justifica la especial preocupación que los ciudadanos tienen en promover los intereses de sus pares.⁴²

A pesar de su atractivo, dos rasgos vuelven a esta concepción de amistad cívica problemática para sociedades modernas y plurales. En primer lugar, posee un carácter interaccional, es decir exige que los ciudadanos ejerzan sobre sus pares cierta influencia causal a la hora de configurar su carácter para poder contar como *procreadores*. Difícilmente estas interacciones puedan estar presentes en las sociedades modernas dado, entre otras cosas, el enorme número de personas que las componen. Es difícil concebir de qué manera cada ciudadano podría ejercitar algún rol causal en generar rasgos de carácter en todos los demás. En segundo lugar, el estar focalizada en una noción particular de

502–527]. La crítica tiene especial relevancia para la reconstrucción propuesta por Millgram ya que éste no parece poder conciliar el carácter eminentemente pasivo que tiene el amigo como espejo con el carácter activo que le atribuye como *procreador*. Si el amigo es meramente un espejo en el cuál el otro se ve reflejado parece injustificado tratarlo como un *procreador* responsable por los rasgos de carácter que el otro desarrolla. Si la responsabilidad por los rasgos de carácter del otro se funda en el grado de interacción que el amigo tiene con él, entonces es difícil sostener que tan poca interacción pueda justificar el grado de responsabilidad aparejado a la idea de *procreador*. Aunque pienso que Millgram dispone de herramientas para hacer frente a la objeción, no es necesario ocuparnos de ella aquí ya que la misma no afecta a la concepción de amistad cívica que presentaré. Esto se debe a que se trata de una concepción posicional, no interaccional, de amistad.

⁴¹ Aristotle, “The Complete Works of Aristotle”, *Princeton University Press* 2 (1984), 1834.

⁴² Cuál es el carácter que posee la amistad cívica en Aristóteles ha sido un tema profusamente discutido. En el texto he seguido la corriente que interpreta a la amistad cívica como un tipo de amistad virtuosa. Entre quienes comparten esta visión se encuentra [Alasdair MacIntyre (Alasdair MacIntyre, *After Virtue* (Notre Dame: Notre Dame University Press, 1984)] Esta interpretación no es pacífica en absoluto. Existen quienes, por el contrario, sostienen que se trata de un tipo de amistad fundada en la utilidad o la ventaja mutua. Aquí se enrolan John M. Cooper [John Cooper, “Political Animals and Civic Friendship”, en *Aristotle’s Politik: Proceedings of the XIth Symposium Aristotelium*, ed. Gunther Patzig, (Friedrichshafen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1990), 220-241] y Martha Nussbaum [Martha Nussbaum, *The Fragility of Goodness* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986)].

ciudadano virtuoso la vuelve poco apta para sociedades caracterizadas por la pluralidad de concepciones del bien.

B. Una concepción política de la amistad como procreación

Más allá de estas dificultades, la concepción aristotélica de amistad puede ser de ayuda para elaborar la concepción de amistad cívica que se funda en la *Legitimidad como Autoría*. La concepción de amistad cívica que presentaré, se asemeja a la aristotélica en que considera que cada ciudadano es *autor* de sus pares –de modo análogo aunque no idéntico al de un *procreador*– con quienes se vincula como iguales. Esta relación de *autoría* justifica la especial preocupación que los ciudadanos muestran unos respecto de otros, y en última instancia es lo que justifica caracterizar dicho vínculo como uno de amistad. Por el otro, a diferencia de la concepción de amistad cívica aristotélica no posee carácter interaccional ni está focalizada en la virtud, lo que la vuelve apta para sociedades de grandes dimensiones y plurales.

Concebir a la legitimidad como autoría, trae aparejado un modo correlativo de concebir el vínculo de ciudadanía. Como he señalado, las instituciones estatales legítimas son sensibles a las opiniones e intereses de los ciudadanos. Estos pueden incidir en el contenido de las decisiones colectivas, por ejemplo a través del voto. A su vez, estas decisiones colectivas en tanto son tomadas en el seno de instituciones legítimas se atribuyen a todos los ciudadanos. Por lo tanto, cada ciudadano tiene la posibilidad de incidir sobre el contenido de decisiones colectivas que serán atribuidas a cada uno de sus conciudadanos. Dicho en un eslogan, cada uno es *autor* de las decisiones que se atribuyen a sus conciudadanos y, en este sentido, cada uno es *autor* de los demás.

Un ejemplo puede ser de ayuda. Imaginemos que nuestro Estado convoca a una consulta popular para decidir si declarará o no la guerra a un país extranjero. Los motivos reales que mueven a la guerra no son defensivos ni humanitarios, sino meramente económicos. El país extranjero es rico en recursos y militarmente débil, lo que genera una posibilidad inmejorable de apropiarnos de su riqueza. Imaginemos, adicionalmente, que las instituciones estatales son legítimas y que todos nuestros intereses de autoría están satisfechos: el acceso a los roles públicos no está cerrado para un grupo, el procedimiento de toma de decisiones es sensible a las opiniones e intereses de todos y los derechos civiles y una dotación mínima de recursos está garantizada. En esta situación cada uno de nosotros –ciudadanos del Estado legítimo– tiene la posibilidad de contribuir a que el resto

sea *autor* de una guerra de agresión. En este sentido cada uno es el *autor* del otro. Si votamos a favor de la guerra, y finalmente esta decisión gana, habremos hecho que los demás, aun aquellos que se opusieron a la decisión, sean *autores* de la declaración de guerra. Si votamos en contra, y la guerra es descartada, habremos hecho que los demás, incluidos quienes votaron por ir a la guerra, no sean *autores* de la declaración de guerra.

Dos rasgos de la *Legitimidad como Autoría* entran en juego en la caracterización del vínculo de ciudadanía que he ofrecido. El primero, es que un Estado legítimo tiene la potestad de hablar en nombre de sus ciudadanos. Sus instituciones y las decisiones colectivas que se adoptan en su seno se imputan a cada uno de ellos. El segundo, es que para ser legítimo, un Estado debe posibilitar la participación de todos los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones colectivas. Esto conduce a la conclusión de que en un Estado legítimo cada ciudadano tiene la posibilidad de participar e incidir en el contenido de decisiones que se atribuirán como propias a cada uno de sus conciudadanos.⁴³ Cada uno es el *autor* de los demás.

Con la caracterización del vínculo de ciudadanía a mano, es posible advertir las semejanzas con el vínculo de *procreación* que en la concepción aristotélica caracteriza a la amistad. Cada uno es responsable frente a sus conciudadanos, debe justificar frente a ellos las decisiones políticas que adopta y debe mostrar una especial preocupación por promover sus intereses, porque cada uno es el *autor* del otro. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en la amistad cívica aristotélica, esto se debe a la posición o rol que cada uno ocupa en el entramado institucional –el rol de *autor*– y no a las interacciones que causalmente contribuyen a moldear los rasgos de carácter de los conciudadanos. Se trata de una amistad cívica posicional en lugar de una amistad cívica interaccional. Somos ubicados en el rol de *autores* por las instituciones y es este rol, y no nuestras interacciones, lo que funda el vínculo de amistad cívica. Adicionalmente, la amistad cívica no está focalizada en el desarrollo de rasgos virtuosos de carácter. Cada uno debe contribuir adoptando decisiones colectivas que sean correctas de acuerdo con criterios de evaluación que el resto pueda aceptar, pero una decisión no es correcta cuando desarrolla rasgos de

⁴³ Pienso que algo análogo puede ser dicho de la amistad en general. El vínculo de amistad involucra el atribuir, en cierto sentido, las conductas de un individuo a quienes son sus amigos. Esto explica porque nos enorgullecemos o avergonzamos de las conductas de nuestros amigos como si fueran nuestras. Uno de los componentes de la amistad es este tipo de identificación.

carácter virtuoso en los ciudadanos.⁴⁴ En consecuencia, el vínculo de amistad cívica que se corresponde con la *Legitimidad como Autoría* es, a diferencia del aristotélico, apto para sociedades modernas y plurales.

El argumento hasta aquí nos ha dejado con la siguiente conclusión. El vínculo de ciudadanía posee ciertos rasgos que lo asemejan con la amistad. La analogía viene dada por el hecho de que somos *autores* de nuestros conciudadanos, de modo semejante al que según Aristóteles somos *procreadores* de nuestros amigos. A diferencia de la concepción aristotélica de amistad cívica, lo que nos vuelve *autores* de nuestros conciudadanos y responsables por la promoción de sus intereses no es la influencia causal que nuestras interacciones tienen sobre sus rasgos de carácter sino el rol que ocupamos en el entramado institucional.

C. Amistad y lealtad en las creencias

Hasta aquí hemos establecido que el vínculo de ciudadanía es análogo al de amistad. He dado por sentado que un rasgo característico de la amistad es la exigencia de otorgar preeminencia a los intereses de nuestros amigos. Usualmente esta exigencia es caracterizada como un tipo de lealtad. Sin embargo, aunque es pacíficamente aceptado que la amistad exige lealtad, no es pacíficamente aceptada la tesis de que la lealtad sólo se refiere a los intereses.

La concepción usual de la lealtad –utilizada en las reconstrucciones usuales de amistad– pone especial acento en la promoción prioritaria de intereses. Philip Pettit, por ejemplo, afirma que ser leal a alguien equivale a estar “...dedicated to a particular individual’s welfare...”⁴⁵. A pesar de su plausibilidad, pienso que se trata de una concepción equivocada. Como señala Simon Keller, priorizar los intereses de un individuo no es ni necesario ni suficiente para mostrar lealtad hacia él⁴⁶.

No es suficiente porque uno puede priorizar los intereses de alguien por

⁴⁴ Cada ciudadano de un Estado legítimo tiene en relación con sus conciudadanos deberes de legitimidad y de justicia. Tiene el deber de contribuir al mantenimiento de la legitimidad del esquema institucional y satisfacer exigencias igualitaristas de justicia. A su vez, las exigencias de justicia igualitaria sólo tienen cabida en el seno de instituciones legítimas. Esta vinculación entre legitimidad y justicia la he explorado en Hugo Omar Seleme, “The Moral Irrelevance of Global and International Inequality”, *The Journal of Jurisprudence* (2011): 271-326.

⁴⁵ Philip Pettit, “The Paradox of Loyalty”, *American Philosophical Quarterly* 25 (1988), 163.

⁴⁶ Simon Keller, *The Limits of Loyalty*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 9.

consideraciones distintas a las vinculadas con la lealtad, por ejemplo por consideraciones impersonales vinculadas con la justicia de su reclamo. Si pienso que entre dos reclamos conflictivos uno tiene más peso que el otro y decido priorizarlo, tal cosa no puede contar como una muestra de lealtad. He priorizado los intereses de un individuo, pero no le he sido leal en ningún sentido.

Priorizar los intereses tampoco es necesario para que exista lealtad porque existen manifestaciones de lealtad que no están vinculadas con la promoción de intereses. Alguien es leal en relación con otro, por ejemplo, por identificarse con él. En esta manifestación de lealtad la persona leal "...treats the thing to which she is loyal as though it was her, feeling as she would feel and acting as she would act if certain things that are true of it were true of her..."⁴⁷. Otra expresión de lealtad no vinculada con la promoción de intereses tiene que ver con la defensa de aquel a quien se debe lealtad. Si alguien está hablando mal de un amigo, por ejemplo señalando lo incompetente que es, la lealtad exige cuestionar lo que se está diciendo. Esto con total independencia de que esto no tenga ningún impacto en la promoción de sus intereses.⁴⁸ Otros modos de expresar lealtad están relacionados con la participación en rituales. Para una persona casada usar el anillo que intercambia con su pareja es una manifestación de lealtad, aunque esto no tenga ningún impacto en la promoción de los intereses del otro⁴⁹. Finalmente, la lealtad en las creencias es una manifestación de lealtad no vinculada con la promoción de intereses.

La lealtad a alguien es expresada como lealtad en las creencias si "...being loyal to X inclines you to hold or resist certain beliefs, independently of the evidence..."⁵⁰. Este tipo de lealtad puede manifestarse de diferentes maneras. La primera manifestación se refiere a la forma en que procesamos los datos que se refieren a la persona que debemos lealtad. Stroud señala que "...we tend to devote more energy to defeating or minimizing the impact of unfavorable data than we otherwise would..."⁵¹. Si alguien afirma algo malo acerca del objeto de nuestra lealtad "...we are more likely to ask ourselves various questions about the person telling the story, the answers to which could discredit the

⁴⁷ Keller, *The Limits of Loyalty*, 6.

⁴⁸ Keller denomina a este tipo de lealtad "loyalty in advocacy".

⁴⁹ Keller, *The Limits of Loyalty*, 5.

⁵⁰ Keller, *The Limits of Loyalty*, 6.

⁵¹ Sarah Stroud, "Epistemic Partiality in Friendship", *Ethics* 116(2006), 505.

evidence being presented (...) we will go to greater lengths (...) to construct and to entertain alternative and less damning interpretations of the reported conduct...”⁵². La segunda manifestación no tiene que ver con el proceso por el cual formamos nuestras creencias sino con los resultados. Cuando debemos a alguien lealtad hacemos en relación con ella diferentes inferencias y obtenemos diferentes conclusiones que las que obtendríamos si tal lealtad no existiese. No solo insumimos tiempo construyendo interpretaciones de sus acciones que sean más favorables, sino que tenemos la tendencia a creer estas explicaciones alternativas. Como consecuencia, existe una probabilidad menor de que creamos que alguien a quien debemos lealtad hizo algo malo que la que existiría si no le debiésemos lealtad⁵³.

A pesar del fino análisis de Keller y Stroud, pienso que un rasgo distintivo de la lealtad en las creencias no ha sido lo suficientemente enfatizado. Me refiero a su carácter reflexivo. Si la existencia de un vínculo con otro sujeto genera ciertas exigencias morales una de las cuales es la de ser leal en las creencias, esta lealtad nos da razones para creer que a quienes debemos lealtad han cumplido con las exigencias morales generadas por el vínculo. Así, por ejemplo, si tal como sostendré la amistad es un vínculo que genera ciertas exigencias morales –de dar preferencia a los intereses de nuestros amigos, no traicionarlos, etc. – entre las que se encuentran las de lealtad en las creencias, este deber de lealtad nos da razones para creer que nuestros amigos efectivamente otorgan un trato preferente a nuestros intereses, no nos traicionan y son leales en sus creencias en relación con nosotros. Si nuestro amigo hace algo que puede ser interpretado como un quebrantamiento de los deberes de amistad –por ejemplo, realiza algo que puede interpretarse como una infidencia– la lealtad en las creencias exige que construyamos interpretaciones alternativas de la conducta que no la presenten como un caso de infidencia, y nos confiere razones para creer en esas interpretaciones. La lealtad en las creencias exige que los dichos y las conductas de aquel a quien debemos lealtad sean interpretados a su mejor luz.

Estas manifestaciones de la lealtad no hacen que los individuos se vuelvan ciegos a los hechos. La lealtad sólo produce que se tienda a interpretarlos de una manera diferente, más favorable a la persona a quien se es leal. Los recursos para lograr este objetivo son

⁵² Stroud, “Epistemic Partiality in Friendship”, 505.

⁵³ Stroud, “Epistemic Partiality in Friendship”, 506.

los que varían de una situación a otra. Stroud ha identificado los siguientes. En primer lugar, se puede intentar desacreditar la evidencia en contra de quien se tiene lealtad. En segundo lugar, pueden aceptarse los hechos pero interpretarlos de una manera que sea menos dañina. En tercer lugar, si la acción no puede reinterpretarse, entonces se la puede vincular a un rasgo de carácter valioso, o al menos puede desvincularse de un rasgo de carácter reprensible. En cuarto lugar, puede aceptarse que la evidencia es signo de un rasgo negativo en las acciones o el carácter de la persona, e intentar mostrar que estos rasgos forman parte de una virtud mayor. Finalmente, se puede reconocer la mala acción o el mal rasgo de carácter pero restarle importancia en la caracterización general de la persona⁵⁴.

Para conceptualizar a la lealtad en las creencias no basta con enunciar sus manifestaciones y establecer los mecanismos que las provocan, sino que es necesario adicionalmente identificar sus elementos. Estos son tres. En primer lugar, la lealtad exige cierto vínculo emocional con la persona respecto a la cual se es leal. Debe existir una tendencia a albergar o resistir ciertas creencias en relación con quien se es leal “...that is not fully answerable to your rational or considered judgment...”⁵⁵. Alguien espera que su amigo crea en su buen comportamiento no meramente por consideraciones racionales o vinculadas con la evidencia disponible en el caso. Espera que crea con independencia de estas consideraciones. En segundo lugar, exige que lo que nos mueve a creer sean, en parte, consideraciones vinculadas con la persona respecto de la cual se es leal. Alguien espera que su amigo crea en su buena conducta porque es la conducta de *él*. Espera que su conducta por ser *suya* sea interpretada por el amigo de un modo favorable⁵⁶. En tercer lugar, lo que nos mueve a creer tiene que ser la relación especial que existe con la persona a la que se es leal. Alguien espera que su amigo crea que su conducta es correcta no sólo porque es *él* quien actuó, sino adicionalmente porque es *su amigo*⁵⁷.

⁵⁴ Stroud, “Epistemic Partiality in Friendship”, 509.

⁵⁵ Keller, *The Limits of Loyalty*, 6.

⁵⁶ Keller, *The Limits of Loyalty*, 17-18.

⁵⁷ Keller, *The Limits of Loyalty*, 18-20. Keller parece suponer que la lealtad de interés y en las creencias se encuentran vinculadas. Así señala: “[...] when good friends form beliefs about each other, they sometimes respond to considerations that have to do with the needs and interests of their friends, not with aiming at the truth...” (Keller, *The Limits of Loyalty*, 25). Hay dos maneras de interpretar este párrafo. O bien se entiende que los intereses que son promovidos por la lealtad en las creencias son de un tipo diferente de aquellos que son promovidos por la lealtad de interés o bien se entiende que son el mismo tipo de interés. Si se opta por lo primero, la lealtad en las creencias se distingue por lo que requiere –la formación y

En conclusión, existe un rasgo de la amistad que ha sido pasado por alto debido a una conceptualización defectuosa de la lealtad. Los amigos consideran que no sólo se deben lealtad en los intereses sino también lealtad en las creencias. Esta lealtad se pone de manifiesto en el modo en que se evalúa la evidencia y en la tendencia que tenemos a albergar ciertas creencias con relación a nuestros amigos. La amistad hace que interpretemos la conducta de nuestros amigos de modo más favorable.

D. Amistad cívica y lealtad en las creencias

Mostrar que los amigos son leales en sus creencias es diferente a señalar que los amigos tienen el deber moral de ser leales en sus creencias. ¿Qué razones existen para sostener que los amigos, además de deberse lealtad en los intereses –como pacíficamente se acepta–, se deben lealtad en las creencias tal como la he caracterizado? ¿Estas razones se aplican también a la amistad cívica? Dicho de otro modo, ¿existe algún rasgo del vínculo de amistad que justifique las exigencias de lealtad en las creencias? De existir, ¿posee la amistad cívica un rasgo análogo? Creo que la respuesta es afirmativa y dedicaré esta sección a ofrecer razones a su favor. Es posible elaborar una justificación aristotélica de la lealtad en las creencias que siga los mismos lineamientos que sirven para justificar la lealtad en los intereses. Las mismas consideraciones que sirven para justificar la segunda pueden ser utilizadas para justificar la primera. El núcleo del argumento aristotélico a favor de la lealtad en los intereses es, como se recordará, que los amigos son *procreadores*. El *procreado* es la actualización del *procreador* en el sentido de que aquel posee rasgos que han sido producidos por este. Esto justifica que el *procreador* tenga en relación con el *procreado* el mismo tipo de vínculo que tiene consigo mismo. Por último, esto funda la exigencia de que le otorgue a los intereses del *procreado* la misma prioridad que otorga a los intereses propios. Debo tratar a los intereses de mi amigo como si fuesen míos porque, en tanto *procreado*, es mi otro “yo”.

Las mismas consideraciones fundadas en la *procreación* pueden ser utilizadas para justificar la lealtad en las creencias. Debemos interpretar las acciones de nuestros amigos con la misma deferencia que interpretamos las propias. La lealtad en las creencias que

mantenimiento de creencias– y por el objetivo que persigue –promover ciertos intereses específicos–. Si se opta por lo segundo, la lealtad en las creencias se distingue sólo por lo que requiere. En todo otro sentido, permanece idéntica a la lealtad en interés.

debemos a nuestros amigos es un reflejo del modo en que debemos interpretar nuestras propias acciones. Así como insumimos tiempo construyendo interpretaciones favorables de nuestras propias acciones y tenemos la tendencia a creerlas, así debemos interpretar las acciones de nuestros amigos. Así como interpretamos nuestras acciones de modo que estas no impliquen sistemáticamente la transgresión de nuestros deberes de amistad, así debemos interpretar las acciones de nuestros amigos. No existe ninguna razón para restringir la exigencia de tratar a los amigos como nuestro otro “yo” meramente a la promoción de sus intereses a través de nuestras acciones. Esta exigencia debe extenderse al modo en que interpretamos sus acciones o, lo que es lo mismo, a nuestras creencias sobre sus acciones.⁵⁸

La concepción de amistad a partir del vínculo de *procreación* permite adicionalmente dar cuenta de los tres elementos que posee la lealtad. Si el ser *procreador* del otro es lo que justifica la lealtad en las creencias, esto explica por qué tenemos la tendencia a interpretar las acciones de nuestros amigos a su mejor luz con independencia de consideraciones epistémicas. Es el vínculo de *procreación*, y no las razones epistémicas, el que justifica interpretar las acciones de nuestros amigos de modo favorable. También explica que tendamos a interpretar los dichos y acciones de nuestros amigos a su mejor luz porque son *sus* dichos y acciones. Que pertenezcan a aquellos a quienes hemos *procreado*, y no a otros sujetos, es lo que justifica interpretarlas de modo favorable. Por último, también explica que procedamos de este modo simplemente porque son nuestros amigos. No solo las interpretamos a su mejor luz porque son *suyas*, sino porque son las acciones de nuestros amigos, es decir, de aquellos a quienes *procreamos*.

A partir de lo señalado sobre la amistad, es posible extraer conclusiones sobre la amistad cívica tal como la caracteriza la *Legitimidad como Autoría*. Si el rasgo de la amistad que justifica la exigencia de lealtad en las creencias es el vínculo de *procreación*,

⁵⁸ El argumento que he ofrecido presupone que en cierta medida debemos otorgar preeminencia a la promoción de nuestros intereses y debemos brindar de nuestras propias acciones una interpretación favorable. He asumido no sólo que tenemos el permiso moral de promover nuestros intereses de modo prioritario sino que, en un grado que es necesario determinar, tenemos el deber de hacerlo. Proceder de otro modo pone en riesgo nuestra calidad de sujeto moral, quita toda relevancia al hecho de que nuestras acciones son nuestras. Nos vuelve un mero receptáculo de acciones que deben ser evaluadas desde un punto de vista completamente imparcial.

De modo análogo he asumido que tenemos el deber de interpretar nuestras acciones de modo favorable. Interpretar nuestras acciones presuponiendo que estas se ajustan a nuestras creencias morales – esto es presuponiendo que no somos seres acráticos – es necesario dado nuestro carácter de sujeto moral. Existen razones para creer que hemos satisfecho los que creemos son nuestros deberes morales que se siguen de nuestro carácter de sujetos morales.

y el vínculo de *autoría* característico de la ciudadanía es análogo al de *procreación*, puede concluirse que exigencias de lealtad en las creencias análogas forman parte de la amistad cívica. El hecho de que seamos *autores* de nuestros conciudadanos exige que debamos interpretar sus dichos y acciones del mismo modo que interpretamos los propios. El ser *autores* de nuestros conciudadanos funda la exigencia de que interpretemos sus dichos y acciones a la mejor luz.

Los tres elementos de la lealtad en las creencias pueden ser explicados en base a la amistad cívica. Debemos proceder de este modo solo con aquellos a quienes nos une el vínculo de ciudadanía, es decir, solo de quienes somos *autores*. Debemos interpretarlos a su mejor luz porque son *sus* dichos y acciones. Finalmente, debemos hacerlo porque son los dichos y acciones de nuestros *conciudadanos*.

La lealtad cívica en las creencias nos exige proceder de dos modos. En primer lugar, exige que procesemos los datos que se refieren a las acciones y dichos de nuestros conciudadanos de una manera que sea favorable a ellos. En segundo lugar, la lealtad nos brinda razones para creer o aceptar las interpretaciones más favorables. La lealtad cívica nos brinda una razón no epistémica para desacreditar las interpretaciones que sostienen que nuestros conciudadanos han dicho o hecho algo incorrecto.

El carácter reflexivo de las exigencias de lealtad en las creencias tiene especial relevancia para la amistad cívica. La lealtad cívica en las creencias brinda razones para creer que nuestros conciudadanos no actúan tratando de socavar el vínculo que genera esta lealtad, es decir, no actúan con el objetivo de disminuir o eliminar la legitimidad del esquema institucional. La lealtad cívica exige que interpretemos los dichos y acciones de nuestros conciudadanos de modo que estos sean compatibles con la promoción o el mantenimiento del carácter legítimo del orden institucional. Así como la lealtad en las creencias fundada en la amistad exige que creamos que nuestros amigos han satisfecho sus deberes de amistad y no están intentando socavar el vínculo de amistad que funda la lealtad, la lealtad cívica en las creencias fundadas en la legitimidad política exige interpretar las acciones y dichos de nuestros conciudadanos de modo que no aparezcan como intentos de socavar la legitimidad política.

Un ejemplo puede ser de ayuda. Imaginemos que nuestros conciudadanos apoyan una política de ingreso universal por hijo. La lealtad cívica nos brinda razones para creer que están intentando garantizar que el esquema institucional sea aceptable

voluntariamente por todos aquellos a quienes se aplica satisfaciendo su interés en el modo de tratamiento. La lealtad cívica nos da razones para creer que están intentando afianzar uno de los rasgos que lo vuelve legítimo. Si existe una interpretación de la propuesta de ingreso universal que la presenta como una dádiva tendiente a generar relaciones clientelares de dominación, la lealtad cívica en las creencias nos brinda razones no epistémicas para rechazarla. Esto, por supuesto, no implica ser ciego a los hechos, dado que las razones fundadas en la lealtad no son inderrotables frente a razones epistémicas.

Los mecanismos que la lealtad cívica en las creencias pone en funcionamiento son variados. Frente a la evidencia de que nuestros conciudadanos han realizado acciones incorrectas, es posible, en primer lugar, intentar mostrar que la evidencia en su contra es poco confiable. Supongamos que existe evidencia de que nuestros conciudadanos han realizado una acción que indubitablemente socava la legitimidad del sistema, por ejemplo, que han intentado promover la desestabilización o el derrocamiento de un gobierno elegido democráticamente por un procedimiento sensible a nuestras opiniones e intereses. La lealtad cívica exige que intentemos desacreditar la evidencia que funda esta conclusión. Exige que no permanezcamos impasibles frente a la evidencia en su contra, sino que intentemos contrastarla insumiendo tiempo en mostrar su falta de confiabilidad. Con más razón, la lealtad cívica nos brinda razones para no interpretar cualquier acción de nuestros conciudadanos como si fuese un intento de derrocar al gobierno legítimo.

En segundo lugar, si existe evidencia confiable de que nuestros conciudadanos han dicho o hecho algo que puede ser interpretado como socavando la legitimidad del sistema, la lealtad cívica exige que intentemos ofrecer interpretaciones más favorables de sus acciones. Volviendo al ejemplo del ingreso universal por hijo, la lealtad cívica nos brinda razones para construir una interpretación de esta propuesta que sea compatible con la promoción y el mantenimiento de la legitimidad del sistema y, adicionalmente, nos brinda razones para no creer en las interpretaciones que presentan a nuestros conciudadanos como intentando generar relaciones clientelares de dominación. Construir interpretaciones desfavorables de las conductas de nuestros conciudadanos, según las cuales estos sistemáticamente intentan socavar la legitimidad del sistema institucional, es una transgresión a las exigencias de lealtad cívica.

En tercer lugar, si la evidencia de que nuestros conciudadanos han realizado cierta acción es incontestable y no existe modo de reinterpretarla de manera que sea compatible

con la promoción o el mantenimiento de la legitimidad del sistema, la lealtad cívica exige intentar desvincularla de rasgos de carácter reprobables. Cuando no queda otra alternativa que creer que nuestros conciudadanos han realizado una acción incorrecta, todavía queda abierta la alternativa de creer que esta no es fruto de un mal rasgo de carácter. Así, por ejemplo, si nuestros conciudadanos efectivamente realizan acciones desestabilizadoras de un gobierno legítimo o apoyan abiertamente a aquellos que las realizan, la lealtad cívica exige que interpretemos su conducta de modo favorable. Nos brinda razones, por ejemplo, para sostener que ignoran los efectos desestabilizadores de su comportamiento o ignoran las intenciones desestabilizadoras de aquellos a quienes apoyan.

En cuarto lugar, si la evidencia de que nuestros conciudadanos han realizado una acción incorrecta y de que esto es signo de un rasgo reprochable de carácter es incontrastable, todavía es posible intentar mostrar que este rasgo a primera vista negativo forma parte de otro rasgo de carácter valioso. Así, siguiendo con el ejemplo, si no es posible mostrar que las conductas desestabilizadoras de nuestros conciudadanos son fruto de la ignorancia, sino que toda la evidencia indica que son producto de una falta de compromiso con los valores democráticos, todavía es posible brindar una interpretación favorable. La lealtad cívica nos da razones para interpretar esta falta reprochable de compromiso democrático como parte de un excesivo celo por la justicia de los resultados. La lealtad exige que interpretemos su descreimiento en los complejos engranajes de la toma de decisión democrática como síntoma de su celo porque los resultados sean justos.⁵⁹

Por último, cuando todo lo anterior ha fallado, todavía es posible minimizar la importancia que su mala conducta y su mal rasgo de carácter tiene en la caracterización general que hacemos de nuestros conciudadanos. Si no es posible mostrar que sus acciones desestabilizadoras del gobierno democrático son fruto de ningún rasgo valioso de carácter, si toda la evidencia indica que los mueve la intolerancia, la lealtad cívica exige que disminuyamos el impacto que este juicio negativo tiene sobre el juicio que hacemos sobre su persona. Específicamente, exige que no creamos que se trata de personas que “son” intolerantes o antidemocráticas. Exige que creamos que, aunque han socavado la legitimidad del sistema, y lo han hecho porque descreen del valor que posee

⁵⁹ Si uno acepta, como es mi caso, que las exigencias de justicia solo tienen cabida en el seno de esquemas institucionales legítimos, este modo de interpretar favorablemente la conducta de los conciudadanos consistiría en una nueva apelación a su ignorancia.

la legitimidad, no se trata de personas irremediabilmente intolerantes. La lealtad cívica, en última instancia, conduce a la esperanza cívica, una esperanza en la posibilidad de que todo conciudadano está abierto a la posibilidad de regeneración.

VI. LEALTAD EN LAS CREENCIAS Y PRINCIPIO DE INOCENCIA

Identificar las exigencias de lealtad en las creencias que se siguen del vínculo de amistad cívica, tal como lo interpreta la *Legitimidad como Autoría*, permite arrojar luz sobre algunos de los problemas que han rodeado por algún tiempo al Principio de Inocencia y a algunos principios con los que usualmente se los vincula como el estándar de prueba más allá de toda duda razonable o la carga de la prueba.

Un problema que comparten la interpretación habitual del estándar de duda razonable y el principio de inocencia es su carácter subjetivo. En el primer caso, este carácter se manifiesta en la exigencia de que el juzgador de los hechos albergue cierto tipo de creencias para considerarlos probados. Específicamente, debe tener un grado de certeza que no deje lugar a ninguna duda razonable, sea como sea que esta última se interprete. En el segundo caso, se sostiene que el principio de inocencia requiere que el juzgador de los hechos al momento de comenzar el juicio crea en la inocencia material del imputado.

Los problemas que trae aparejada la interpretación subjetiva del estándar de la duda razonable cobran una especial relevancia cuando se advierte que este criterio para tener por probados los hechos ha sido recibido por una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Aunque su origen se remonta al Derecho inglés⁶⁰, de donde pasa al estadounidense, actualmente forma parte del Derecho chileno⁶¹, el Derecho uruguayo⁶² y, por vía jurisprudencial, ha sido introducido al Derecho procesal penal argentino.

Larry Laudan ha sido quien con mayor precisión ha señalado los problemas de

⁶⁰ El sistema inglés recientemente abandonó el estándar reemplazándolo por el de “estar seguro” de la verdad de los hechos.

⁶¹ El artículo 340 del Código Procesal Penal de Chile señala: “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”.

⁶² El artículo 132 del Código del Proceso Penal de Uruguay dictamina en su inciso primero: “No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso plena prueba, de la que resulte racionalmente la certeza del delito y de la responsabilidad del imputado”, y agrega luego en el inciso segundo que “(e)n caso de duda deberá absolverse al imputado”.

interpretar de manera subjetiva el estándar de prueba de la duda razonable y el principio de inocencia. Luego de señalar que el origen de este estándar de prueba se remonta a la idea de certeza moral, presente en John Locke y John Wilkins (33), y de mostrar cómo fue incorporado al Derecho estadounidense a través de una interpretación de la decimocuarta enmienda (34), Laudan se encarga de desmontar las diferentes interpretaciones que desde entonces se han dado al estándar⁶³. Frente a lo inadecuado de todas estas interpretaciones, la estrategia de los tribunales estadounidenses ha sido señalar que lo correcto es no ofrecer ninguna. En todos los casos, señala Laudan, el fracaso de la interpretación propuesta se debe al mismo problema: el carácter subjetivo del estándar propuesto.

Al respecto, sostiene:

It is time to try to diagnose the causes of that failure. It will probably not have escaped your notice that almost all the familiar glosses on BARD (as moral certainty, as firm or abiding conviction, as a belief on which you would base important actions, and so on) define it in terms of the target mental state of the juror.⁶⁴

Y más adelante, agrega:

The required discrimination, between rational and irrational doubts, can never be resolved if one remains focused exclusively at the level of the juror degree of conviction. What distinguishes a rational doubt from an irrational one is that the former reacts to a weakness in the case offered by the prosecution, while the latter does not.⁶⁵

Laudan también ha señalado que esta situación de establecer un estándar de prueba subjetivo es única del Derecho y no se replica en otros dominios donde la prueba de los hechos es relevante. Así, sostiene, en el ámbito científico, los futuros cultores de la disciplina no son educados para considerar que una hipótesis se encuentra corroborada cuando el que la formula no tiene ninguna duda de que es cierta. Lo que importa para considerar una hipótesis probada es qué tan robusta sea la prueba, no el grado de confianza

⁶³ Las interpretaciones que Laudan analiza son aquellas que conciben al estándar de la duda razonable como: exigiendo el tipo de “certeza que una persona prudente requiere para adoptar decisiones importantes en su vida”, o la certeza que excluye aquellas “dudas que harían que una persona prudente no actuase”, o la certeza que proviene de una “fuerte convicción de culpabilidad”, o la certeza que no puede ser puesta en cuestión por ninguna “duda para la cual puedan ofrecerse razones”, o la certeza que proviene de una “alta probabilidad de culpabilidad” (Larry Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 38-44).

⁶⁴ Larry Laudan, *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology* (Cambridge: Cambridge University Press), 51.

⁶⁵ Laudan, *Truth...*, 53.

que tiene el científico que la propuso o cualquier otro.

Como la presunción de inocencia es usualmente concebida como fundando el estándar de prueba fijado por la “duda razonable”, si este se concibe de manera subjetiva haciendo referencia a los estados mentales del decisor sobre los hechos, lo mismo debe suceder con el principio que la funda. El principio de inocencia debe ser concebido como prescribiendo, por ejemplo, que al momento del inicio del juicio, el decisor crea en la inocencia material del acusado con un grado determinado de certeza. Solo si esta creencia inicial es derrotada –y reemplazada por otra acerca de la cual no es razonable dudar–, el estándar de prueba se encuentra satisfecho.

Existen diferentes problemas con esta concepción subjetiva del principio de inocencia. La primera se refiere al grado de firmeza que debe tener esta creencia del juzgador en la inocencia del acusado. Se entiende que, mientras más exigente sea el estándar de prueba utilizado en el proceso, más firme debe ser la presunción de inocencia que debe ser derrotada. La segunda tiene que ver con el hecho de que la creencia se refiera a la inocencia material del acusado. Si lo que debe determinarse en juicio es si el acusado es culpable de acuerdo con cierto estándar de prueba, ¿por qué razón el juzgador debe creer al inicio en su inocencia? Sería más sensato que la creencia se refiriese a que no está probada su culpabilidad, más que a su inocencia.

Ha sido Laudan también el que se ha encargado de señalar estas peculiaridades del modo usual de interpretar el principio de inocencia. El principio de inocencia así concebido, esto es, como referido a la creencia en la inocencia material del acusado, es superfluo e inapropiado. Es superfluo dado que lo que debe establecer el juzgador es si el acusado es o no culpable y para sostener que no es culpable, por ejemplo, porque los hechos no han sido probados, no es necesario creer en la inocencia del acusado. La creencia relevante aquí es la referida a si la prueba de los hechos es o no suficiente para satisfacer el estándar de prueba, no la de si el acusado es o no inocente. Es inapropiado porque exige que el juzgador crea que la mayoría de las personas sometidas a proceso son inocentes del crimen del que se las acusa, lo que implicaría sostener que el sistema judicial funciona de manera incorrecta, seleccionando a los imputados de manera azarosa entre ciudadanos inocentes.⁶⁶

La solución de Laudan a ambos problemas (el del carácter subjetivo del estándar de

⁶⁶ Laudan, *Truth...*, 104.

prueba y el de la presunción de inocencia requiriendo en el juzgador una creencia en la inocencia material), ha consistido en sostener que los estándares de prueba no deben hacer referencia a estados mentales, por un lado, y la creencia prescrita por el principio de inocencia no debe referirse a la inocencia material del acusado, sino solo a lo que denomina “inocencia probatoria”. Interpretado de esta manera, el contenido de la creencia a la que refiere el principio de inocencia no es “que el acusado no cometió el crimen, sino simplemente que no existen pruebas suficientes de que el acusado haya cometido el crimen”⁶⁷. Este debe ser el punto de partida del juzgador acerca de los hechos.

A pesar de que considero que ambas estrategias son básicamente correctas, poseen algunas aristas problemáticas de la manera en que Laudan las presenta. Sin embargo, una vez que ambas son vistas a la luz de la lealtad cívica que se funda en la *Legitimidad como Autoría*, los problemas pueden ser resueltos. Sin embargo, adoptar este enfoque implica dejar de lado una de las hipótesis centrales de Laudan –que la justificación última de los estándares de prueba es una manera adecuada de distribuir errores– creo que permite dar a su propuesta una base más sólida.

Para salir de los problemas que trae aparejado el estándar de prueba de la “duda razonable”, Laudan propone, sin ánimo de exhaustividad, algunos estándares objetivos:

- a. If there is credible, inculpatory evidence or testimony that would be very hard to explain if the defendant were innocent, and no credible, exculpatory evidence or testimony that would be very difficult to explain if the defendant were guilty, then convict. Otherwise, acquit....⁶⁸
- b. If the prosecutory story about the crime is plausible and you can conceive of no plausible story that leaves the defendant innocent, then convict. Otherwise, acquit....⁶⁹
- c. Figure out whether the facts established by the prosecution rule out every reasonable hypothesis you can think of that would leave the defendant innocent. If they do, convict; otherwise, acquit.⁷⁰

Otro estándar de prueba semejante ha sido propuesto por Jordi Ferrer, para quien una hipótesis fáctica, para estar probada, por un lado, “...(d)ebe ser capaz de explicar los datos

⁶⁷ Señala Laudan al respecto: “...*PI*, properly understood, should require of jurors not a belief about innocence at all but rather a belief about the innocence of criminal defendants at the outset of a trial. Like the judge in Flores, I will maintain that the *PI* is a presumption of innocence (that is, guilt not yet established), not one of innocence...” (Truth..., 104).

⁶⁸ Laudan, Truth..., 82.

⁶⁹ Laudan, Truth..., 82. Este estándar es tomado de Ron Allen.

⁷⁰ Laudan, Truth..., 83.

disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas...” y, por el otro, “(d)eben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc”⁷¹.

Cualquiera de estos estándares soluciona los problemas que trae aparejado un estándar de prueba que apela a algún estado mental subjetivo. En primer lugar, se trata de estándares de prueba genuinos, es decir, son criterios objetivos para evaluar cuándo una proposición fáctica ha sido probada. En segundo lugar, permiten controlar de manera intersubjetiva si efectivamente han sido o no satisfechos. Sin embargo, todos presentan un problema. Si, siguiendo a Laudan, se sostiene que los estándares de prueba no son más que mecanismos para distribuir los errores (falsas condenas o absoluciones) de una manera adecuada, ¿qué razones podemos tener para afirmar que alguno de estos estándares de prueba lo logra? O, dicho de otra manera, ¿qué razones permiten sostener que la aplicación de estos estándares producirá la ratio entre absoluciones verdaderas y condenas falsas que consideramos correcta?⁷²

Como Laudan no ve otra manera de justificar los estándares de prueba que no sea un “...mechanism for distributing errors...”, piensa que “...if we could figure out the relative costs to society of false convictions and false acquittals, we might be able to use the ratio of those costs as a mechanism for determining the height of the SoP”⁷³. Por esta razón, el único modo de justificar los estándares de prueba objetivos que propone es encontrar una manera de, primero, establecer la distribución correcta de errores y, segundo, de mostrar que el estándar propuesto produce la distribución correcta.

Para alcanzar el primer objetivo (establecer la distribución correcta de errores), propone apelar a mecanismos plebiscitarios o legislativos con el objeto de determinar “...the sentiment of the people or their representatives about the respective costs of these two sorts of mistakes” a través de preguntas tales como “how many murders or rapes that go unpunished are you willing to accept for every case of someone wrongfully convicted

⁷¹ Ferrer Beltrán, 2007, p. 147.

⁷² Laudan, *Truth...*, 85.

⁷³ Laudan, *Truth...*, 68.

of murder or rape?”⁷⁴.

Esta estrategia me parece peligrosa, debido a su vinculación con las meras opiniones de la ciudadanía, inútil, debido a su irrelevancia para resolver el problema de que distribución de errores es la moralmente correcta, e impracticable, dada la dificultad para obtener un criterio manejable de distribución de errores. Lo que es más problemático es que para justificar un estándar de prueba objetivo –que no dependa de las meras opiniones del juzgador–, Laudan apele a un criterio de justificación subjetivo –que apele a los sentimientos de los ciudadanos o sus representantes–. Si los estados mentales no son aptos para justificar las proposiciones fácticas, no se ve claro por qué lo serían para justificar los estándares de prueba que sirven para evaluar aquellas proposiciones.

Para alcanzar el segundo objetivo (mostrar que el estándar de prueba produce la distribución correcta de errores), Laudan propone el siguiente mecanismo:

Consider the following situation: The prosecution charges Jones with a crime. It presents much inculpatory evidence. Jones, as it happens, has an iron-clad alibi: Numerous reliable witnesses place him far from the crime scene at the time of the crime. Here, it is reasonable to suppose that Jones is highly likely to be truly innocent. But after the trial, as an intellectual exercise, we can apply standard *a* to all the nonalibi evidence in the trial, asking whether *a* was satisfied. Then, we repeat this test with several dozen other cases of solid alibis. If it should turn out, over a long run of cases, that *a*, absent the alibi evidence, would convict clearly innocent defendants like Jones much more than 10 percent of the time, then *a* fails the relevant test. Otherwise, it seems to have passed muster.⁷⁵

Existe un problema con este mecanismo: se trata de un estándar de prueba. El estándar de prueba aquí es utilizado para probar la verdad de una proposición empírica, a saber, que la aplicación del estándar de prueba propuesto para el proceso judicial produce a lo largo el tiempo la distribución correcta de errores. Como todo estándar de prueba, este segundo estándar producirá a su vez una distribución de errores, esta vez referidos a la verdad o falsedad de la proposición fáctica referida a la distribución correcta de errores por la aplicación del primer estándar de prueba. Si en varias docenas de casos, nos señala Laudan, la distribución de error producida es la deseada, entonces podemos sostener que la proposición fáctica referida al estándar de prueba es verdadera y la adopción del mismo está justificada.

⁷⁴ Laudan, *Truth...*, 72.

⁷⁵ Laudan, *Truth...*, 86.

Que el mecanismo que propone Laudan sea un estándar de prueba y un modo de distribuir los errores, esta vez acerca de cuándo un estándar de prueba judicial está justificado, parece conducir a diferentes problemas. En primer lugar, es necesario establecer el grado de exigencia de este estándar de prueba. ¿Cuántas docenas de casos se necesitan para dar por probada la afirmación de que el estándar de prueba judicial produce la distribución correcta de errores? En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, esto parece conducirnos a la pregunta acerca de cuál es la ratio de error que nos parece correcta en relación con este estándar. Como es claro, este procedimiento amenaza con conducirnos a un regreso. ¿Deberíamos aquí también consultar a la sociedad o diseñar algún proceso legislativo? Y si lo obtuviésemos, ¿deberíamos diseñar algún otro mecanismo para determinar si el estándar propuesto produce la distribución de error aceptable?

Aun si este problema pudiese ser resuelto, existen otros. La implementación del mecanismo propuesto por Laudan requiere recolección de datos empíricos y tiempo. Solo después de haber analizado los resultados en las varias docenas de casos a los que Laudan refiere, y de haber constatado que los errores se distribuyen del modo correcto, podríamos afirmar que la adopción judicial del estándar de prueba está justificada. Mientras esto sucede, podríamos adoptar algunos de estos estándares objetivos en tanto son menos malos que el estándar subjetivo de la duda razonable. Sin embargo, en términos estrictos, su utilización –y, por ende, las condenas o absoluciones producidas por la misma– no se encontrarían justificadas.

Afortunadamente, ninguno de los problemas que he presentado están vinculados con la utilización de un estándar objetivo de prueba, sino a la idea de que lo único que puede justificar su adopción es que produzcan el modo correcto de distribuir los errores. Si uno abandona esta última idea, y sostiene que la adopción de los estándares de prueba judicial se encuentra justificada en consideraciones que no tienen que ver con la distribución del error que producen, entonces los problemas señalados desaparecen. Esto es, precisamente, lo que permite hacer la idea de amistad cívica y lealtad en las creencias.

Siguiendo lo que señala Stroud en relación con los mecanismos que involucra la lealtad en las creencias, es posible establecer cómo debería articularse la prueba de los hechos para poner en funcionamiento estos mecanismos dentro del proceso judicial. En primer lugar, a la hora de juzgar si un conciudadano –a quien debemos lealtad en las creencias sobre la base de la amistad cívica– ha cometido un delito, debemos examinar

de manera cuidadosa cualquier evidencia en su contra extremando los esfuerzos para desacreditarla. En segundo lugar, si la evidencia es confiable, debemos buscar si no existe un modo de interpretarla que sea más favorable al acusado. Adicionalmente, si la evidencia es confiable y no puede ser interpretada de modo más favorable, debemos intentar vincularla con un rasgo de carácter o aspecto subjetivo del acusado que no sea reprobable. Podemos, por ejemplo, intentar mostrar que aunque cometió un hecho delictivo carecía de intención en el grado suficiente para volver su conducta legalmente reprochable. Si la evidencia de que el acusado ha llevado adelante una acción reprobable no puede ser interpretada de otra manera, debemos intentar interpretarla como siendo producto de un rasgo de carácter que serviría para aliviar la condena. Por último, si no es posible encontrar ninguna hipótesis más favorable al acusado que si quiera disminuya la condena, entonces no debemos tomar a la comisión del delito como algo que lo define como individuo. Debemos aplicarle una condena que no conlleve un estigma permanente, cuyo objetivo sea la reparación del vínculo de amistad cívica que ha sido quebrantado por el delito.

Como es fácil de percibir, algunos de los cuatro mecanismos identificados por Stroud tienen una clara contrapartida con las acciones que requiere la satisfacción de los estándares de prueba objetivos que antes hemos presentado. ¿Por qué debemos, como señala Allen, condenar solo si la evidencia inculpatoria ofrece respaldo a la acusación y no es posible ofrecer de ella una interpretación plausible que sea compatible con la inocencia del acusado? O, alternativamente, ¿por qué debemos condenar, como propone Ferrer Beltrán, solo cuando han sido refutadas todas las hipótesis plausibles que son compatibles con la inocencia del acusado? La respuesta que propongo es simple: porque ese es el modo en que se comportan individuos que se deben recíprocamente lealtad en las creencias. Dicho de otra manera, porque esa es la manera en que deben evaluar los hechos aquellos que se encuentran unidos por un vínculo de amistad cívica.

Así como lo que justifica evaluar los hechos que involucran a nuestros amigos no es algún cálculo sobre qué errores son más costosos –sostener que un buen amigo ha transgredido sus deberes de amistad, o que un mal amigo no lo ha hecho–, sino simplemente que son nuestros amigos, así también lo que justifica evaluar la afirmación empírica de que un conciudadano ha transgredido sus deberes de civilidad de la manera que proponen los estándares objetivos de prueba reseñados no es qué error es más costoso y cuál es el modo correcto de distribuirlos, sino simplemente que el acusado es alguien

con quien nos une un vínculo de amistad cívica.

Este modo de justificar los estándares de prueba posee múltiples ventajas. En primer lugar, la justificación del estándar se realiza a partir de una concepción normativa de la legitimidad política, y un modo correlativo de concebir la amistad cívica y lealtad en las creencias. Se evita así justificar el estándar de prueba en las meras opiniones o sentimientos de la ciudadanía acerca de qué tipo de error es más intolerable. En segundo lugar, y vinculado con lo anterior, para justificar los estándares objetivos de prueba no se apela a un criterio subjetivo como las opiniones obtenidas a través de algún mecanismo plebiscitario o legislativo. Se apela, por el contrario, a una concepción de legitimidad y ciudadanía que aspira a ser objetivamente válida. En tercer lugar, dado que la distribución de los errores no es lo que justifica adoptar estos estándares de prueba –sino las exigencias de lealtad en las creencias–, su adopción no debe esperar a la recolección de datos acerca del patrón de distribución de error que producen, ni debe dirimirse la cuestión de cuál es el estándar de prueba a utilizar con relación a la constatación del patrón de distribución, ni debe concluirse que mientras estos datos no estén disponibles la adopción del estándar objetivo de prueba no se encuentra justificada. La justificación de los estándares objetivos de prueba propuestos es normativa, descansa en una concepción de la legitimidad política y no en una manera de distribuir errores de una forma que nos parezca aceptable.

Una ventaja adicional de esta justificación es que permite explicar por qué, como señala Laudan, los jueces y jurados han sido tan propensos a utilizar estándares subjetivos de prueba. La razón es simple: si los estándares de prueba utilizados en el proceso son la contraparte institucional de los mecanismos que pone en funcionamiento la lealtad en las creencias fundada en la amistad cívica, es lógico que se haya caído en el error de sostener que lo relevante eran las creencias que tenía el juzgador en relación con los hechos. No obstante, concebir a la *Legitimidad como Autoría* impide esta conclusión.

Si se concibe a la legitimidad como he propuesto, quien se encuentra moralmente justificada a ejercitar la coacción a través del proceso judicial es la comunidad política, esto es, la comunidad que ubica a todos sus ciudadanos en el rol de autor. Siendo este el caso, la información relevante para ejercitar la coacción es solo aquella a la que tiene acceso la comunidad a través del proceso judicial que ella misma ha instituido. La evidencia sobre la que deben aplicarse los mecanismos que la lealtad cívica en las creencias pone en funcionamiento no es la evidencia a la que cada ciudadano tiene acceso individualmente –ni siquiera aquella a la que tiene acceso el juzgador–, sino solo aquella

que ha sido introducida en el proceso. De modo que, aunque el juzgador debe utilizar para evaluar e interpretar la evidencia los mismos mecanismos que debe utilizar en el trato cotidiano con cualquier ciudadano –interpretando sus acciones a la mejor luz–, la evidencia sobre la que debe aplicar estos mecanismos es diferente.

Como se recordará, para que el proceso satisfaga el interés en el modo de tratamiento de los ciudadanos, no debe admitir evidencia que haya sido obtenida vulnerando los derechos sustantivos que los ciudadanos tienen sobre la base de este mismo interés. Básicamente, no debe admitir evidencia que sea fruto de la vulneración de algún derecho o libertad civil, como el derecho a la intimidad, a la integridad corporal, etc. El juzgador debe aplicar los mecanismos evaluativos e interpretativos fundados en la lealtad en las creencias solo sobre la evidencia que es admisible, no sobre cualquier evidencia que sea relevante. En consecuencia, aunque los mecanismos que aplica el juzgador dentro y fuera del proceso son idénticos, la evidencia sobre las que los aplica es diferente y, por tanto, es posible que las creencias que de hecho tiene –sobre la base de toda la evidencia relevante– no coincida con la que debería tener si solo se considera la evidencia admisible.

Esto explica por qué razón las creencias que posea el juzgador son irrelevantes para determinar si los hechos se encuentran o no probados y, por lo tanto, cualquier estándar de prueba subjetivo es inadmisibles. Sin embargo, permite establecer que los mecanismos de formación y evaluación de creencias fundados en la amistad cívica son los mismos que se encuentran corporizados en los estándares de prueba objetivos que son aptos para utilizar dentro del proceso judicial. Esta vinculación entre los mecanismos relacionados con la lealtad en las creencias y los estándares de prueba objetivos es, a su vez, la que ha conducido a muchos a sostener que en el proceso debía utilizarse un estándar subjetivo como el de la “duda razonable”.

Una vez que se vincula el carácter objetivo del estándar de prueba y la exigencia de que la evidencia sea admisible, con la *Legitimidad como Autoría* y su concepción de amistad cívica y lealtad en las creencias, aparece una interpretación más simple de lo que prescribe el Principio de Inocencia. En primer lugar, el principio le exige al juzgador no fundar la condena o la absolución sobre la base de sus creencias y la evidencia para él disponible, sino sobre la base de la evidencia disponible para el sujeto legitimado a ejercitar la coacción, esto es, la comunidad política de autores. El Principio de Inocencia le exige al juzgador que, aun si él cree que el acusado es culpable –en base a evidencia que no ha sido admitida al proceso–, absuelva. El Principio de Inocencia le recuerda al

juzgador que quien condena o absuelve no es él –de allí que sus creencias sean irrelevantes–, sino la comunidad política.

Esta manera de concebir el Principio de Inocencia es compatible con la que propone Laudan, para quien el Principio exige que el juzgador crea que el acusado es inocente en sentido probatorio. La interpretación que he ofrecido dota a esta posición de un sustento político que, de otra manera, carece. El juzgador debe creer, al momento de iniciarse el proceso, que no existe ninguna evidencia admisible inculpatoria, porque el sujeto legitimado para ejercitar la coacción es la comunidad política y, por lo tanto, la evidencia que tiene interés es aquella disponible para ella.

En segundo lugar, concebir el Principio de Inocencia como he propuesto permite acomodar la intuición sobre la que descansa la interpretación ofrecida por Ferrer Beltrán. De acuerdo con su concepción, el principio le prescribe al juzgador absolver en aquellos casos donde tenga dudas acerca de si el estándar de prueba ha sido o no satisfecho. Por ejemplo, si el juzgador descartó muchas hipótesis que son compatibles con la inocencia del acusado, pero no está seguro de haber agotado todas, entonces debe absolver. La idea de Ferrer Beltrán es que el estándar de prueba utiliza expresiones vagas (como, por ejemplo, “toda hipótesis compatible con la inocencia”), que indefectiblemente generará situaciones de zona de penumbra o vaguedad. Habrá casos claros en que no fueron descartadas todas, casos claros en que sí fueron descartadas todas y casos dudosos. En estos últimos el Principio de Inocencia prescribe absolver.

Creo que esta manera de interpretar el Principio de Inocencia corre el riesgo de llevarnos nuevamente a una situación de regreso. Necesitamos un estándar de prueba que sirva para determinar cuándo el estándar de prueba judicial ha sido satisfecho. Cuando, de acuerdo con este segundo estándar de prueba, no es claro que el estándar judicial de prueba ha sido alcanzado, entonces el principio prescribe absolver. Si entiendo bien, la idea es que tenemos dos estándares de prueba que sirven para distribuir diferentes errores.

Sin embargo, la intuición presente en esta reconstrucción es acertada y puede dársele sustento en la idea de lealtad en las creencias. Si los estándares de prueba son la contraparte institucional de los mecanismos de formación y evaluación de creencias fundados en la lealtad cívica, debe procederse en el proceso del mismo modo que procedemos con aquellos a quienes debemos lealtad: si existe alguna duda de que hemos cumplido con nuestros deberes en relación con ellos –por ejemplo, explorando todas las

hipótesis favorables al acusado—, entonces lo que corresponde es absolver.

Finalmente, fundar el Principio de Inocencia y los estándares de prueba demandantes que se utilizan en materia penal en la lealtad cívica en las creencias sienta las bases para otras conclusiones. Si el carácter demandante de los estándares de prueba penal y el Principio de Inocencia no está fundado en el carácter costoso de ciertos errores vinculados con la pérdida de la libertad y en el modo correcto de distribuirlos, si, por el contrario, se encuentran fundados en una exigencia general de lealtad cívica, no existe ninguna razón para sostener que estas mismas exigencias de lealtad cívica tienen cabida en el proceso civil. Si los estándares de prueba son allí menos exigentes y el principio de inocencia no tiene cabida, debe ser por otras razones.

A modo de conclusión, puedo aquí solo señalar una que puede servir para motivar futuras indagaciones. En los procesos civiles de carácter contencioso —donde dos ciudadanos se hacen reclamos encontrados sobre la base de supuestas transgresiones a los deberes de ciudadanía—, tenemos exigencias de legitimidad en las creencias en sentido opuesto que se cancelan recíprocamente. Tenemos razones para interpretar y evaluar la evidencia disponible de modo favorable a la parte que reclama —negándole su pretensión solo cuando no exista ninguna hipótesis que sea compatible con la verdad de su reclamo—, pero también tenemos razones para interpretar la evidencia en sentido favorable a la otra parte —condenándola a cumplir lo exigido por la contraria sólo cuando no existe una hipótesis que sea compatible con la verdad de lo que arguye en su defensa—. Como ambas exigencias se cancelan, el estándar de prueba aplicable en este tipo de procesos es el de prueba prevaleciente. Algo análogo sucede con las exigencias corporizadas en el Principio de Inocencia.

BIBLIOGRAFIA

Aristotle, “The Complete Works of Aristotle”, *Princeton University Press* 2, 1834, 1984.

Beitz, Charles. *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton: Princeton University Press, 1990.

Cárdenas Rioseco, Raúl F. *La Presunción de Inocencia*, 2da. Edición. México: Editorial Porrúa, 2006.

Cocking, Dean y Kennett, Jeanette. “Friendship and the Self”, *Ethics* 108, 502–527, 1998.

Cooper, John. “Political Animals and Civic Friendship”, en *Aristotle’s Politik: Proceedings of the XIth Symposium Aristotelium*, ed. Gunther Patzig, Friedrichshafen: Vandenhoeck & Ruprecht, 220-241, 1990.

Ferrer Beltrán, Jordi. “Una Concepción Minimalista y Garantista de la Presunción de Inocencia”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, n.º 1 Vol. 4, 2010.

Keller, Simon. *The Limits of Loyalty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Landenson, Robert. “In Defense of a Hobbesian Conception of the Law,” *Philosophy and Public Affairs* 9: 134-159, 1980.

Laudan, Larry. *Truth, Error, and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge: Cambridge University Press, 38-44, 2006.

MacIntyre, Alasdair. *After Virtue: A Study in Moral Theory*, London: Duckworth, 1981.

MacIntyre, Alasdair. *After Virtue*, Notre Dame: Notre Dame University Press, 1984.

Maier Julio, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.

Millgram, Elijah. “Aristotle on Making Other Selves”, *Canadian Journal of Philosophy* 17, 361–376, 1987.

Nussbaum, Martha. *The Fragility of Goodness*. Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, New York: Basic Books, 1974.

Pettit, Philip. “The Paradox of Loyalty”, *American Philosophical Quarterly* 25, 1988.

Pettit, Philip. *Made with Words: Hobbes on Language, Mind and Politics*. New

Jersey: Princeton University Press, 2008.

Pettit, Philip. “Law and Liberty”, *Legal Republicanism: National and International Perspectives*, Oxford: Oxford University Press (2009): 39-59; 42)

Pettit, Philip y Lovett, Frank. “Neorepublicanism: A Normative and Institutional Research Program”, *Annual Review of Political Science*, 12, 11-29; 15, 2009.

Pogge, Thomas. *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University, 1989.

Rawls, John, *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

Ripstein, Arthur. “Authority and Coercion”. *Philosophy and Public Affairs*, 32, 2-35, 2004.

Sandel, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Seleme, Hugo Omar. “La Legitimidad Como Autoría”, *Revista Brasileira de Filosofia*, 73–99, 2010.

Seleme, Hugo Omar. “The Moral Irrelevance of Global and International Inequality”, *The Journal Jurisprudence*, 271-326, 2011.

Seleme, Hugo Omar. “¿Qué Debemos Creer de Nuestros Conciudadanos?”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1: 83–102, 2015.

Stroud, Sarah. “Epistemic Partiality in Friendship”, *Ethics* 116, 2006.

Taylor, Charles. *Sources of the Self*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.

Vicenzo, Manzini. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Vol. I, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1951.

Waldron, Jeremy. *Derecho y Desacuerdos*, trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga, Barcelona: Marcial Pons, 2005.

Zarezca Martínez Remigio, “Presunción de inocencia en el proceso penal”, *Revista Jurídica Justicia y Derecho*, n. ° 5, (Año 3, 2005), 25.

Normativa

Argentina. *Constitución de la Nación Argentina*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999.

España. *Constitución española 1978-1988*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1988.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. 2014.

Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1980.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Convención Europea de Derechos Humanos*. Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Chile. *Código procesal penal: edición oficial; aprobada por decreto n. [grad] 1001, de 30 de octubre de 2000, del Ministerio de Justicia*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 2000.

Uruguay. *Código del proceso penal: Ley no. 16,893 de 16 de diciembre de 1997: vigente desde el 16 de julio de 1998: y proyecto de ley modificativo*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, 1998.

Jurisprudencia

Coffin v. United States. 156 U.S. 432 (1895), p. 453.

EL CONTRATO DE PPP Y SU NUEVO ATRACTIVO: LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Francisco J. Muñoz*

Resumen

La Ley 27.328 de Contrato de Participación Público Privada ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico una figura muy utilizada a nivel internacional, que permitirá la celebración de grandes proyectos de renombre e importancia de interés común. Entre sus grandes novedades incluidas en la ley encontramos la posibilidad de elegir paneles de expertos y arbitraje como mecanismos de resolución de controversias. Dichos mecanismos, novedosos en nuestro derecho por diversas cuestiones, presentarán un desafío a la comunidad académica y práctica para lograr su correcta implementación. Creemos que su incorporación fue un acierto y veremos sus frutos en el mediano plazo.

Palabras claves:

Arbitraje – Paneles de Expertos – Contratos de Participación Público Privada – Resolución de Controversias – Contratos de Obra

* Francisco J. Muñoz es abogado por la Universidad Católica Argentina (2010). Magister *New York University (NYU)*, Traditional LL.M. (2013), por la cual recibió la beca por mérito académico Arthur T. Vanderbilt. En 2013 trabajó como investigador en UNIDROIT, Roma. En dicho año, ingresó en la oficina de París de la firma Shearman & Sterling en calidad de *foreign trainee* en el equipo de Arbitraje Internacional, actuando en arbitrajes de inversión ante tribunales CIADI y arbitrajes comerciales ante tribunales CCI y el Tribunal Arbitral de Estocolmo.

Es miembro del Club Español de Arbitraje, de *LCIA Young International Arbitration Group* y de *Young ICCA*. Ha desempeñado actividades de docencia como profesor adscripto en la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad Católica Argentina y ha publicado en diversas revistas y colecciones especializadas sobre temas corporativos, concursales y arbitrales.

En octubre de 2014 se incorporó como asociado al equipo de Resolución de Disputas de Rattagan, Macchiavello & Arocena.

I. INTRODUCCIÓN¹

La Ley de Contrato de Participación Público Privada, sancionada el 30 de noviembre de 2016, bajo el número 27.328 (en adelante, “Ley de PPP”), ha traído avances en materia de relación entre el Estado y los sujetos de derecho privado para la realización de obras de infraestructura y servicios generales que ha sido el centro de atención de esta nueva legislación.

Sin embargo, nos gustaría poner especial relieve en dos aspectos que creemos fundamental para la ejecución de esta clase de contratos y de los proyectos en ellos contenidos. En este sentido, este artículo tratará sobre los mecanismos de resolución de controversias que se han previsto en la Ley de PPP.

En particular, abordaremos dos institutos: (i) los paneles de expertos; y (ii) el arbitraje. Ambas incorporaciones resultan novedosas para nuestra legislación y su incorporación, sorprendente.

No existe constancia en nuestro ordenamiento jurídico de haberse previsto anteriormente el instituto de paneles de experto, aunque han existido dos casos puntuales en los que se han utilizado, como veremos a continuación.

En el derecho de la construcción comparado, y específicamente para contratos de participación público privada, los paneles de expertos, o *Dispute Boards*² son mecanismos de resolución de controversias contractuales, sin carácter jurisdiccional, que facilitan la ejecución de los contratos, resuelven las controversias de manera temprana y disminuyen notablemente los litigios posteriores.

En cuanto al arbitraje, este instituto no se caracteriza principalmente por ser una novedad en el derecho argentino. Sin embargo, sí resulta novedosa su incorporación como mecanismo de resolución de controversias en un contrato en el que el Estado está vinculado. Ya sea por tener conexiones con el derecho administrativo, o conexiones con el derecho privado, no ha sido costumbre últimamente que el Estado sujete sus controversias a arbitraje.

¹ Se agradece especialmente la colaboración del Sr. Agustín Lastra por su trabajo de investigación de doctrina y jurisprudencia comparada para realizar el presente trabajo.

² Si bien existen algunas diferencias menores, para el propósito de este trabajo los asimilaremos.

Veremos también como la Ley de PPP ha resultado ser una excepción a la normativa prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo es abordar estos dos procedimientos de resolución de controversias, explicando en profundidad qué es el panel de experto, cómo funciona, y sus beneficios, para luego brindar algunas reflexiones sobre el arbitraje en contratos de construcción y en contratos de participación público privada.

Al abordar los temas a tratar, lo haremos con visión crítica y analizando la Ley de PPP y su decreto reglamentario. Ello, a los fines de poder dar un panorama real y concreto de cómo se instrumentará el funcionamiento ambas herramientas de resolución de controversias en la práctica.

II. COMENTARIOS GENERALES A LA LEY DE PPP

1. La Ley 27.328, sancionada el 30 de noviembre de 2016, vino a regular el Contrato de Participación Público Privado definidos como “aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional ... y sujetos privados o públicos ... con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica”.³

En la práctica, los contratos de participación público privada han sido vastamente utilizados en países del primer mundo para la construcción de proyectos de infraestructura, educación, salud, vivienda e inversión productiva, no siendo común su uso para la prestación de servicios.

Así, se observan casos de contratos de participación público privado para la creación y mantenimiento de parques, para la creación de escuelas públicas, la creación de carreteras y autopistas, entre otros proyectos.⁴ Como se ha señalado oportunamente, “Las PPP constituyen una alternativa a los sistemas clásicos de contratación de obra pública, donde generalmente el Estado diseña, financia, paga y opera y el privado solo construye.”⁵

³ Definición extraída del art. 1 de la mentada ley.

⁴ Ver descripción efectuada por el Banco Mundial de los diversos sectores en los que existen contratos de participación público privada, <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector>.

⁵ Ver <http://www.marval.com/publicacion/la-participacion-publico-privada-como-una-nueva-herramienta-para-el-desarrollo-de-infraestructura-en-argentina-12794/>

2. En general, se considera apropiado optar por un contrato de participación público privado cuando el proyecto, que en general es de gran envergadura, no podría realizarse solamente por el estado (o sería demasiado costoso para el mismo). En esos supuestos, los estados buscan el auxilio de los privados para el desarrollo de los proyectos, sin perder la participación en el mismo y con el objeto de que en un cierto plazo, los bienes sean de propiedad pública.

En este sentido, el Estado obtiene financiación por parte del sector privado para la construcción de un determinado proyecto. El Estado, luego, abonará el costo del proyecto a través del pago de un canon periódico por la prestación de un servicio determinado por parte del privado.

3. Continuando con el análisis de la Ley de PPP, encontramos en nuestra legislación dos antecedentes de regulaciones de esta clase de contratos, pero que no se han conocido ejemplos de su puesta en práctica. Así, los decretos 1299/00 y 967/05 pueden ser considerados como antecedentes legislativos en esta materia. Como se dijo, no existen constancias de que ambos decretos fueran puestos en práctica.

4. A continuación mencionaremos los que consideramos son los principales lineamientos de la Ley de PPP. Se deja a salvo que los próximos párrafos no pretenden ser un compendio exhaustivo de la Ley de PPP, sino solamente una enunciación de los puntos centrales de la norma, para poder luego concentrarnos en el tema elegido.

En primer lugar, ponemos de resalto que para la contratación a efectuarse no se aplicarán las normas de la Ley de Obra Pública, lo que pareciera otorgarle mayores libertades al Estado y al Privado para ejecutar la obra.

En segundo lugar, se destaca que para la selección del co-contratista se deberá efectuar una licitación pública nacional o internacional (permitiéndose la participación de compañías extranjeras) con principal foco en respetar la transparencia, publicidad, igualdad y competencia en el procedimiento de selección (art. 12 de la Ley de PPP).

En tercer lugar, no debe dejar de señalarse que el Estado deberá justificar por qué el interés público será satisfecho con mayor éxito al optar por esta clase de contratación y no por otra de las previstas en la Ley de Obra Pública (art. 13 inc. a). Así, el área competente deberá emitir un dictamen en el que deberá justificar también la forma de contratación elegida y la factibilidad del proyecto (art. 13)

En cuarto lugar, se pone especial énfasis en la protección de la industria nacional a través de la determinación de que en la provisión de bienes y servicios debe existir un componente mínimo nacional (33% según el art. 12).

En quinto lugar, la Ley de PPP faculta el pago de las obligaciones asumidas mediante diversas formas de financiamiento, como pueden ser los fideicomisos o bonos.

En sexto lugar, el Estado Nacional, a través de cualquiera de sus dependencias, debe conservar el poder de contralor y el poder de policía. Estas funciones son indelegables y ello se debe a que no deja de ser un proyecto de interés público con fines públicos que el Estado debe velar.

En séptimo lugar, existen novedosas normas de anticorrupción para la protección de la inversión y para garantizar la transparencia a la hora de la celebración de la licitación, contratación y durante toda la ejecución del contrato.

III. PANELES DE EXPERTOS Y ARBITRAJE EN LA LEY DE PPP

Sin perjuicio de los puntos centrales brevemente desarrollados en el apartado anterior, a los fines del presente trabajo, consideramos que los cambios más importantes traídos a colación por la Ley de PPP radican en los sistemas de resolución de conflictos adoptados.

Así, la Ley de PPP ha previsto en el artículo 9.w) que:

Sin perjuicio de lo que se establezca en la reglamentación, en los pliegos y en la documentación contractual, los contratos de participación público-privada deberán contener las siguientes previsiones: ... w) los procedimientos y métodos que resultarán de aplicación para dirimir las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato. A estos efectos, podrá constituirse un panel técnico a partir de la entrada en vigencia del contrato, integrado por profesionales y/o representantes de universidades nacionales o extranjeras, en todos los casos, de acreditada independencia, imparcialidad, idoneidad y trayectoria nacional e internacional en la materia, el que subsistirá durante todo el período de ejecución para dilucidar las cuestiones de tal naturaleza que se susciten entre las partes....

Consideramos que la inclusión de los paneles de expertos como mecanismo de resolución de controversias de carácter contractual es un acierto debido a que este sistema permitirá la ejecución de contratos de manera más eficiente, reducirá los costos finales de ejecución de la obra, y disminuirá notablemente los índices de corrupción.

Estos beneficios, junto con otros que veremos en el siguiente capítulo, serán fundamentales para lograr seguridad jurídica y confiabilidad en el escenario internacional, a los fines de poder captar inversionistas que deseen participar como co-contratistas del Estado Nacional (en cualquiera de sus formas) en proyectos de gran cuantía.

En lo que hace al arbitraje, la Ley de PPP ha establecido en el art. 25 que:

“Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje.

En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo Nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación.”

En segundo lugar, la inclusión del arbitraje como posible mecanismo de resolución de disputas es una forma de demostrarle a los inversionistas que podrán contar con un tribunal imparcial y especializado en la clase de conflictos que podrán presentarse en contratos de obra.

No se pretende criticar los tribunales contencioso administrativo locales, sino solamente poner de resalto que el arbitraje resultará más expedito, y los árbitros contarán con mayor preparación para dirimir las controversias que se presentan comúnmente en la ejecución de contratos de obra o de servicios como los que se ejecutarán en el marco de la Ley de PPP.

A continuación, abordaremos el marco teórico de los paneles de expertos, para luego adentrarnos en la temática del arbitraje.

IV. SOBRE LOS PANELES DE EXPERTOS EN LA LEY DE PPP

En este apartado analizaremos las características centrales de los paneles de expertos, para luego concentrarnos en las previsiones reguladas por la Ley de PPP y cómo sería su aplicación práctica en la ejecución de un contrato de obra.

A. Nociones generales sobre los paneles de expertos

1. Brevemente se señala que los paneles de expertos, son mecanismos de resolución de controversias por medio de los cuales un panel calificado entiende en una controversia

(generalmente técnica) y brinda una solución (con carácter de recomendación o también puede ser vinculante), de manera efectiva y en tiempo real.⁶

El surgimiento del panel es de naturaleza contractual, ya que las partes necesariamente deben pactar y acordar su creación.⁷ Todas las facultades y atribuciones de los paneles de expertos estarán dadas por lo pactado por las partes y el reglamento elegido por ellas. Motivo por el cual las partes deberán ser lo más diligentes posibles a la hora de redactar la cláusula.

2. Generalmente, las partes acuerdan que los paneles de expertos inicien su labor y se constituyan al inicio de la ejecución del contrato.⁸ El objetivo es que los miembros del panel conozcan en detalle el avance del contrato desde el momento mismo del inicio de la ejecución, pueden entender las controversias en tiempo real o eventualmente, y hasta lograr prevenirlas.⁹

Las ventajas de que se constituya el panel de expertos al momento de iniciarse el contrato son varias. En primer lugar, hace que los miembros del panel estén informados de todos los avances del contrato. En segundo lugar, facilita la producción de prueba necesaria para resolver cada una de las controversias ya que los miembros del panel recibirán documentación respecto de la construcción. En tercer lugar, se acelera la resolución de la disputa ya que los miembros del panel conocerán el proyecto, no siendo necesario informarlos.

3. También resulta importante la elección del reglamento a aplicar en el procedimiento. El reglamento determinará la forma de nombrar a los miembros del panel, el procedimiento a seguir para resolver una controversia, la admisibilidad de pruebas, la clase de decisión a adoptar, la ejecución de la decisión y su eventual recurribilidad.

Las partes pueden redactar los reglamentos de paneles de expertos o pueden adoptar un reglamento probado que fuera preparado por una organización a cargo de la

⁶ Ver Prefacio del Reglamento de Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional.

⁷ Cyril Chern, "Chern on Dispute Boards", Informa Law from Routledge, 3era Edición, 2015, págs. 42 y 43. El autor sostiene que los paneles de expertos nacen de contratos ya que las partes otorgan a los paneles de expertos ciertas facultades jurisdiccionales para investigar un reclamo o disputa y también facultades para decidir dichos reclamos o disputas.

⁸ Gwyn Owen y Brian Totterdill, "Dispute boards: procedures and practice", Thomas Telford, 2008, págs. 4 a 7.

⁹ La utilización de los paneles de expertos no se limita exclusivamente a casos de contratos de obra. Ver Christopher Koch, "The New Dispute Board Rules of the ICC", 23 ASA Bulletin 1/2005 (Mars), pág. 56.

administración del panel de expertos. Es decir, las partes pueden enfrentarse a un panel de expertos con un reglamento *ad-hoc* o institucionalizado.

Dentro de los reglamentos comúnmente utilizados encontramos el reglamento de la *Dispute Resolution Board Foundation*,¹⁰ institución que preparó una guía en el año 2007 para que sea usada en contratos de obra. La *Dispute Resolution Board Foundation* es la institución que más promueve este mecanismo de resolución de controversias a nivel mundial, enfocado principalmente a contratos de obra.

También, la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”) ha aprobado recientemente, en octubre de 2015, un reglamento de *Dispute Boards*, que cuenta con 35 artículos en los que reconoce los distintos tipos de DB, los procedimientos a seguir, los costos, entre otras cuestiones (en adelante, “Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*”). Este reglamento es aplicable solamente si las partes así lo decidan.¹¹

En Argentina, dos instituciones han sido pioneras en lo que respecta a paneles de expertos. El Centro de Mediación y Arbitraje Comercial¹² y el Tribunal Arbitral de las Ingenierías¹³ han elaborado reglamentos de *Dispute Boards*.

4. Los reglamentos de *Dispute Boards* mayormente utilizados prevén diversos tipos de decisiones que pueden adoptar los *Dispute Boards*,¹⁴ que se clasifican de acuerdo al carácter de las mismas. En este sentido, existen *Dispute Review Boards*, los *Dispute Adjudication Boards*, y los *Combined Dispute Boards*.¹⁵

Los *Dispute Review Boards* dictan recomendaciones, que son decisiones no vinculantes para las partes respecto de un tema determinado. Comúnmente utilizadas en Estados Unidos, si bien son recomendaciones no vinculantes la convicción de cumplimiento se genera debido al respeto por el panel de experto y debido a que el incumplimiento de una recomendación podría perjudicar a una parte cuando se someta

¹⁰ Para mayor información se puede consultar <http://www.drb.org/>.

¹¹ Para mayor información se puede consultar <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>.

¹² Para mayor información ver http://www.cac.com.ar/data/documentos/27_cedei.rlpd.%20enero%2014%202008%28%29.pdf.

¹³ Para mayor información ver http://www.tai.org.ar/archivos/Reglamento_Dispute_Boards.pdf.

¹⁴ Ver Reglamento de *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional y de la *Dispute Resolution Board Foundation*.

¹⁵ Ver Prefacio del Reglamento de *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional. Creemos que resulta de gran utilidad para entender la magnitud de cada tipo de *Dispute Board* los artículos 4 a 6 del Reglamento de *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional. Allí se explican las funciones de cada panel, los alcances de las decisiones, entre otras cuestiones.

una nueva controversia al panel. Además, debe tenerse en cuenta que, en algunos reglamentos, como el de la CCI, se prevé que si en un plazo determinado (en el caso de la CCI es de 30 días) ninguna de las partes presenta objeciones, la recomendación pasa tener carácter vinculante.

Los *Dispute Adjudication Boards* emiten decisiones vinculantes y obligatorias para las partes, que, si bien pueden ser revisadas por un tribunal arbitral o judicial, son de cumplimiento inmediato hasta que un tribunal superior las deje sin efecto.

Los *Combined Dispute Boards* se caracterizan por ser un panel ecléctico, que emiten recomendaciones, pero que, según criterio de las partes pueden transformarse en decisiones vinculantes. En la práctica no son muy utilizadas.

5. Los beneficios o ventajas de los paneles de expertos radican en: (i) el carácter contractual de los paneles de expertos ya que tanto las facultades, como el desarrollo y el procedimiento de estos paneles surge del acuerdo de voluntades de las partes, se ve reflejado en el contrato y las decisiones no son de carácter jurisdiccional; (ii) los paneles de expertos se caracterizan por resolver las controversias de forma temprana evitando que los reclamos se agranden o escalen; (iii) los miembros son profesionales altamente especializados en materiales vinculadas con el proyecto; (iv) al acompañar la vida del proyecto, los paneles de experto conocen el mismo en su profundidad; (v) las decisiones de los paneles de expertos luego pueden ser revisadas, y los perjuicios que pudieran ocasionarse de las decisiones de los paneles pueden ser reclamadas judicialmente; y (vi) reduce los reclamos arbitrales posteriores, y los costos de reclamación.

6. No tenemos dudas de que los paneles de expertos son válidos a la luz del derecho privado argentino vigente, y sin perjuicio de lo contenido en la Ley de PPP.¹⁶

Los paneles de expertos son compatibles con el Código Civil y Comercial de la Nación. Este cuerpo normativo ha incorporado diferentes principios que nos hacen llegar a la conclusión anteriormente mencionada.

En este orden de ideas, el Código Civil y Comercial reconoció el principio de libertad de contratación y autonomía de la voluntad de las partes en cuestiones patrimoniales.¹⁷

¹⁶ Jiménez Figueres, Dyalá y Caivano, Roque “Funcionamiento de los “Dispute Boards” de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”, artículo publicado en Revista Internacional de Arbitraje N° 6, Enero – Junio 2007, Editorial Legis. Estos autores han abordado la compatibilidad del DB con el derecho argentino, pero con el Código Civil y con el Código de Comercio. Creemos que las conclusiones mencionadas en su artículo son igualmente aplicables al análisis del DB y el CCyC, en tanto no ha habido modificaciones sustanciales respecto la materia disponible en el nuevo ordenamiento jurídico.

¹⁷ Ver art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Los paneles de expertos se encuadran dentro de los derechos disponibles por las partes y claramente revisten cuestiones patrimoniales. Como cualquier acuerdo de las partes, no debe ser objeto ilícito.

Este principio es replicado para el contrato de obra, que en el art. 1253 reconoce a las partes libertad para elegir los mejores medios para la ejecución de esta clase de contratos. Recuérdese que el panel de experto es un mecanismo contractual cuya finalidad radica en optimizar la ejecución de la obra. Por ende, la facultad prevista en el art. 1253 puede extenderse a los *Dispute Boards*.

Por otra parte, este mecanismo contractual de resolución de disputas resuelve cuestiones de hecho y no de derecho, y sin carácter definitivo. Por consiguiente, no hay violación a las garantías constitucionales de defensa en juicio y acceso a la justicia.

Esto fue expresamente previsto por la Ley de PPP que estableció en el art. 9 inc. w) que los paneles de expertos resolverán controversias “*de índole técnica, interpretativa o patrimonial que puedan suscitarse durante la ejecución y terminación del contrato.*” El decreto reglamentario (nº 118/2017) previó en el art. 9.13.f) que “*podrán someterse a la resolución del Panel Técnico todas las controversias de índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del Contrato PPP, incluyendo la revisión de las sanciones que se impongan al Contratista PPP y la de cualquier otro acto o medida que dicte el Ente Contratante y que tenga efectos sobre el Contrato PPP.*”

Destáquese que las decisiones del DB pueden ser abiertas, examinadas, inspeccionadas y revisadas completamente en un arbitraje o instancia judicial ulterior.

Si bien el ordenamiento vigente (a excepción de la Ley de PPP) no contiene ninguna referencia expresa acerca de la validez de los paneles de expertos, sí existen mecanismos de resolución de controversias similares a los DB como ser los peritos árbitros.¹⁸

Finalmente y tal como hemos visto anteriormente, la Ley de PPP expresamente incorporó en el art. 9 inciso w) este instituto.

El art. 9, punto 13 del decreto reglamentario de la Ley de Contratos de Participación Público Privada,¹⁹ ha tratado en detalle los paneles de expertos que pueden constituirse

¹⁸ Ver art. 773 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹⁹ Decreto Reglamentario 118/2017, publicado el 20 de febrero de 2017.

en el marco de los contratos PPP. En cada punto que analizaremos a continuación, haremos una breve mención de lo establecido en este reglamento.

B. Cláusulas y reglamento de paneles de expertos

Como hemos dicho, los paneles de expertos nacen de provisiones contractuales por medio de las cuales las partes optan por este mecanismo de resolución de conflictos. Al igual que en otros métodos alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje, existen instituciones que facilitan la tarea de los redactores de contratos, al establecer cláusulas de *Dispute Boards* válidas y ejecutables (como paso previo a otro tipo de resolución de conflicto –arbitraje o sede judicial-).

A modo de ejemplo, transcribimos la siguiente cláusula de *Dispute Adjudication Board* extraída del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*:

“Por la presente, las Partes se comprometen a constituir un Dispute Adjudication Board (DAB) conforme al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) relativo a los Dispute Boards (el Reglamento), el cual es considerado parte integrante del presente. El DAB se compone de (uno/tres/x) miembro(s) nombrado(s) en el presente contrato o nombrado(s) de acuerdo con el Reglamento.

Todas las controversias derivadas del presente contrato o relacionadas con él serán sometidas, en primer lugar, al DAB conforme al Reglamento. Para cualquier controversia, el DAB dictará una Decisión de conformidad con el Reglamento.

SI una de las Partes no acata una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento, la otra Parte puede, sin tener que recurrir primero al DAB, someter este incumplimiento a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI, a uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje. Una Parte que no cumpla con una Decisión cuando se le exija hacerlo de conformidad con el Reglamento no podrá plantear ningún asunto sobre el fondo de la Decisión como defensa de su falta de cumplimiento sin demora de la Decisión.

Si una Parte notifica por escrito a la otra y al DAB su desacuerdo con una Decisión, según lo previsto en el Reglamento, o bien si el DAB no ha dictado una Decisión en el plazo previsto por el Reglamento, o incluso si el DAB se disuelto conforme al Reglamento antes de que se dicte la Decisión, la controversia será resuelta definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CCI por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento de Arbitraje.”

En lo que hace a la Ley de PPP, la cláusula de paneles de expertos y la elección del reglamento a aplicar resultan fundamentales ya que servirá de aplicación supletoria respecto de lo previsto en el decreto reglamentario 118/2017 (ver punto 9.13.a).

Como podemos observar, se propone la inclusión de una cláusula de las denominadas “escalonadas”. Este tipo de cláusulas tienen la característica de prever primero un sistema

de resolución de controversias amistoso (que en este caso serían los *Dispute Boards*), paso que es comúnmente de carácter obligatorio, y un segundo paso final, para impugnar la decisión o para llegar a una resolución en caso que el anterior paso hubiera fallado.

Destacamos que, a nuestro entender, el cumplimiento del paso de *Dispute Boards* para luego acudir a la vía del arbitraje o a la sede judicial es de carácter obligatorio. Para el caso que una de las partes obviara la iniciación del proceso de *Dispute Boards*, la otra parte o el tribunal de oficio podría suspender el procedimiento hasta tanto se cumpliera con este requisito.²⁰

La posición mencionada anteriormente ha sido receptada expresamente en precedentes en tribunales de otros países. Un tribunal de Inglaterra ordenó a una de las partes suspender la tramitación de un procedimiento judicial por no haberse cumplido con la etapa de *Dispute Board*. Esta decisión se dio en el marco de un contrato de construcción FIDIC y se fundó en la idea de que debe permitirse a las partes resolver las disputas de acuerdo a como lo pactaron en el contrato.²¹

También destacamos que la Corte Suprema de Suiza resolvió en el año 2014 que, en el marco de un contrato FIDIC y en aplicación del documento “*General Conditions*” de FIDIC, los *Dispute Adjudication Boards* han de ser considerados como requisito previo a la iniciación de un arbitraje.²² Ello, sin perjuicio de que en el caso concreto se haya permitido la omisión por la demora imputable a una de las partes a la hora de nombrar uno de los miembros del panel.²³

El decreto reglamentario 118/2017 sigue esta postura. En el art. 9.13.n) se ha dicho que

“en aquellos casos donde el Pliego o el Contrato PPP hubiesen previsto la existencia de un Panel Técnico, ninguna controversia de índole técnica, interpretativa o patrimonial podrá ser sometida al Tribunal

²⁰ Esta posición guarda relación el documento de FIDIC titulado “General Conditions” que establece los *Dispute Adjudication Boards* como requisito de previo cumplimiento al arbitraje.

²¹ Ver “*Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd Enterprise Managed Services Ltd*”, [2014] EWHC 3193 (TCC). Ver también Jonathan Cope, “TCC grants stay to enable FIDIC dispute board to proceed”, *Practical Law Construction Blog* (<http://constructionblog.practicallaw.com/tcc-grants-stay-to-enable-fidic-dispute-board-to-proceed/>).

²² Corte Suprema de Suiza, 4A_124/2014, resolución del 7 de Julio de 2014 (disponible en francés).

²³ Ver Frank Spoorenberg y Daniela Franchini, “Supreme Court rules on FIDIC pre-arbitration steps”, de fecha 27 de noviembre de 2014, disponible en <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Switzerland/Tavernier-Tschanz/Supreme-Court-rules-on-FIDIC-pre-arbitration-steps#1>. Ver también Matthis Scherer, “Swiss Supreme Court analyses enforceability of pre-arbitral procedure in multi-tier dispute resolution provision (FIDIC DAB)”, *Kluwer Arbitration Blog*, publicado el 1 de octubre de 2014.

Judicial o Arbitral competente sin que antes haya sido sometida al Panel Técnico, con la excepción de la extinción del Contrato PPP por razones de interés público. Ello sin perjuicio del derecho de las Partes de solicitar en cualquier momento al Tribunal Judicial o Arbitral competente el dictado de las medidas cautelares que fueren necesarias.”

Así, puede verse que claramente que el acceso al panel de expertos, para los conflictos encuadrados dentro de la competencia de los mismos, es de carácter obligatorio para luego acudir a sede judicial o arbitral.

Finalmente, los redactores de las cláusulas deberán tener presente los alcances del reglamento, de las funciones de los miembros del panel, y de las atribuciones del panel de expertos. Ello, con la finalidad de que este panel pueda ser lo más eficiente posible para cumplir con el objetivo de lograr soluciones de disputas de manera veloz y temprana.

En Argentina, los paneles de expertos también tienen su origen en un acuerdo de voluntades. El decreto reglamentario 118/2017 prevé en el art. 9.13.a) que los paneles de expertos pueden estar constituidos en el pliego de bases y condiciones o en el contrato de PPP. En dichos instrumentos deberá preverse también el reglamento que se aplicará en subsidio a las normas reguladas en el propio decreto reglamentario.

C. Constitución, nombramiento y recusación de los miembros

Una vez redactada la cláusula, es necesario que el panel de expertos se constituya para que entre en funcionamiento.

1. En la práctica pueden presentarse dos situaciones distintas, cualquiera de las dos válidas, a la hora de la constitución del panel de expertos: (i) la formación del panel al momento de la firma del contrato; y (ii) la formación del panel a la hora del surgimiento de la primera controversia.

A nuestro entender, la lógica que debería reinar en los paneles de expertos que se utilizarán en los contratos de PPP –y una de las razones por las cuales resulta beneficioso en esta clase de contratos- es que los miembros participen desde el inicio de la ejecución del contrato.

Eso les permite conocer en detalle la obra, el avance, la relación entre el contratista y el dueño, y los distintos vaivenes que –sin llegar a tener la entidad de un conflicto- se suscitan habitualmente. También, facilita la recolección de prueba ya que los miembros del panel estarán provistos de la documentación necesaria por estar en contacto con las partes desde el inicio de la ejecución.

Así, a la hora de tener que enfrentarse a las controversias, los paneles de expertos cuentan con información detallada del estado de la obra en general, de la relación entre las partes, y la producida la prueba técnica necesaria para, si la situación lo requiere, resolver la controversia.

Pero la constitución del panel a la hora de iniciarse el contrato también tiene ciertos matices a tener en cuenta, que hacen que las partes decidan constituirlo cuando surge una controversia. Entre ellos, se destaca principalmente el aumento en los costos ya que deben abonarse los honorarios y gastos en los que incurran los miembros del panel, pese a no existir conflicto o controversia alguna en la que tengan que participar.

Ya hemos manifestado que resulta fundamental elegir un reglamento, debido a que no hay normativa doméstica que pueda ser aplicada supletoriamente. Entonces, ante la falta de determinación expresa del mecanismo de nombramiento de los miembros, la constitución del panel puede volverse de imposible cumplimiento.²⁴

2. La Ley de PPP ha previsto algunas cuestiones relativas a la constitución del panel y su forma de selección.

Así, el decreto reglamentario 118/2017 previó en el art. 9.13.b) que por “*default*” el panel estará integrado por 5 miembros. Para el caso que el reglamento elegido por las partes tuviera otra previsión, o que se hubiera pactado en el contrato de PPP otra integración, primará lo elegido por las partes por sobre el decreto reglamentario.

Además, los incisos c y d del art. 9.13 del decreto reglamentario 118/2017 prevén la existencia de un listado de expertos confeccionada mediante concurso público efectuado por la Unidad de Participación Público Privada. Las partes deberían nombrarlo de común acuerdo, y si no se ponen de acuerdo, lo nombrará la Unidad de Participación Público Privada.

Creemos que las previsiones de los incisos c y d son desacertadas, ya que en la práctica resulta dificultoso que exista un listado de expertos, cuando en Argentina este instituto no es utilizado.

Consideramos correcto que en las partes deban elegir a los miembros del panel de común acuerdo. Esta premisa se sustenta en la idea de que las partes deben convivir con los expertos durante toda la ejecución del contrato, debiendo estar conformes con la

²⁴ Ver Lindy Patterson, “Appointing the Dispute Board – Why it differs from Arbitration appointments”, Kluwer Arbitration Blog, publicado el 20 de abril de 2015.

designación de todos los miembros del panel. Este es un punto más a favor de la designación de los miembros al inicio de la ejecución del contrato, donde los conflictos todavía no surgieron.

El decreto reglamentario 118/2017 incorporó las obligaciones de imparcialidad e independencia de los miembros del panel tanto al momento del nombramiento como durante la ejecución del contrato, y el deber de guardar confidencialidad de toda la información suministrada. Creemos acertada esta inclusión, como así también el vocablo elegido. Ello debido a que al incluir los verbos “ser” y “permanecer” las obligaciones de independencia e imparcialidad deben cumplirse al momento de la elección de los miembros y perduran durante toda la ejecución del contrato.

Por último y en lo que creemos que es un desacierto, el decreto reglamentario 118/2017 no ha considerado las causales de remoción, recusación o sustitución de los miembros del panel de expertos. Cuestión que entendemos, debería regirse por el reglamento elegido por las partes.

En una primera etapa de prueba del nuevo formato de resolución de disputas, en la que tampoco se conoce como funcionará la Unidad de Participación Público Privada, debería seguirse la experiencia de las instituciones más reconocidas que están más acostumbradas a tratar con estos casos.

Por ejemplo, debería verse la experiencia de la CCI a la hora de nombrar y de elegir a los miembros de los *Dispute Boards*.

3. El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece el procedimiento de nombramiento de los miembros del panel. Recuérdese que este reglamento se aplica para el caso que las partes así lo decidieran. Sin embargo, sirve como ejemplo para explicar el mecanismo de nombramiento y constitución del panel.

El art. 7 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece que primará la voluntad de las partes a la hora de la constitución del panel. Las partes pueden elegir la cantidad de miembros, la profesión de los miembros y la forma de elección de cada uno. Este reglamento aplicará para la constitución del panel si las partes expresamente lo determinan o de manera subsidiaria cuando las partes omiten establecer una forma concreta de nombramiento.

El panel estará compuesto, por defecto, por 3 personas. Es habitual que el panel de expertos esté compuesto por ingenieros y abogados. No existe problema en que ingenieros integren el panel –siendo esto muy recomendable– ya que las controversias que deciden

los *Dispute Boards* se centran, en su mayoría, en cuestiones técnicas y de hechos, y no en controversias de tinte legal.

El Reglamento establece los ejemplos clásicos de paneles de 1 miembro o de 3 miembros. Para el caso de paneles con 1 solo miembro, el mentado reglamento propone la designación conjunta del experto, y en subsidio, para el caso que las partes no pudieran ponerse de acuerdo, la designación recaerá a manos de la CCI.

En la segunda opción, panel de 3 miembros, las partes eligen de común acuerdo a 2 miembros del panel.²⁵ Si pueden nombrarlo en el plazo estipulado por el reglamento (30 días), o si por otra razón no se nombran a los miembros (no aceptan el cargo, etc), la CCI nombrará a los 2 (o a uno de ellos) a su exclusivo criterio. El tercer miembro surgirá del listado que propongan los otros miembros ya elegidos, o de la CCI, si los miembros o las partes no se ponen de acuerdo en la elección.

Resulta interesante destacar que el mismo art. 7 (en el punto 7) establece que cualquiera de las partes podrá solicitar la constitución del panel de expertos. Esta facultad otorgada a las partes es fundamental para los casos en los cuales una de ellas se muestra reacia para iniciar el procedimiento de resolución de disputas. De esta forma, se le permite al interesado acceder unilateralmente a la CCI para que colabore con los nombramientos.

Una novedad que presenta el Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* es la inclusión de referencia expresa sobre la relación contractual entre las partes y los miembros del panel.²⁶ El art. 10 establece que luego de la constitución del panel, pero antes del inicio de actividades, las partes del contrato y cada miembro del panel deben firmar un acuerdo por el cual se fijen las obligaciones de las partes, los honorarios por el servicio, y las facultades de terminación del mismo.²⁷

Ante este escenario (el de la relación contractual entre los miembros de los *Dispute Boards* y las partes del contrato) surgen diversas consideraciones que deben tenerse en cuenta a la hora de pensar en la incorporación de los *Dispute Boards* como mecanismo previo de resolución de conflictos: (i) clase de responsabilidad en caso de incumplimiento

²⁵ Es usual ver en la práctica que cada parte elige un miembro y la otra parte manifiesta su aprobación. Ver Christopher Koch, ob cit, pág. 68.

²⁶ Decimos novedad ya que esta relación también se sostiene para la relación existente entre las partes y los miembros de un tribunal arbitral, pero que no se encuentra expresamente regulado en el reglamento de arbitraje de la CCI, como sí se hace en el Reglamento de *Dispute Boards*.

²⁷ Independientemente de que las partes acuerden la forma de terminación del contrato con el miembro del panel, el Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* le otorga la facultad a las partes, actuando conjuntamente, para rescindir en cualquier momento el acuerdo.

de las obligaciones de cualquiera de las partes; (ii) forma de reclamar el cumplimiento de las obligaciones asumidas; y (iii) ¿existen mecanismos de terminación del contrato a favor de los miembros de los *Dispute Boards* por incumplimiento de las partes?.

Siguiendo con el tema de la constitución de los *Dispute Boards*, creemos que una cuestión importante a analizar es la idoneidad de los miembros. En la actualidad, existen diversos cursos que no solamente capacitan a futuros miembros de paneles respecto de temas específicos relativos a contratos de obras, sino también a cómo desempeñarse en un panel de expertos. El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* ha tratado el tema de la idoneidad de los candidatos en el punto 8 del art. 7.

Otras características que deben tener los miembros del panel, al igual que en cualquier otro método alternativo de resolución de controversias, son la imparcialidad y la independencia. Sino, resulta muy difícil poder obtener una decisión justa. En este sentido, el art. 8 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* obliga a los expertos a “*ser y permanecer imparciales e independientes de las Partes*”,²⁸ debiendo el experto declarar estas características, como así también dar a conocer a las partes cualquier circunstancia que pudiera alterar su imparcialidad o independencia.

Finalmente, en lo que hace a la remoción, recusación o sustitución de los miembros, es comúnmente aceptado que proceden por causas similares a la de los jueces o árbitros. En otras palabras, ante la falta de independencia, imparcialidad, idoneidad, o probidad, los miembros podrían ser sustituidos.

El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* ha previsto de manera expresa ciertas causales de recusación y remoción de los miembros, y su proceso de sustitución. El art. 8 puntos 4 y 5 determina el proceso de recusación y remoción de los miembros por falta de imparcialidad, independencia, y bajo la frase “cualquier otro motivo” deja a salvo otras circunstancias que podrían afectar una resolución justa si se mantiene esa persona como experto.

Brevemente, el proceso de sustitución de un experto consistirá en la presentación de las razones por las cuales debe ser sustituido (muerte, incapacidad, o recusación). Luego, se nombrará de acuerdo al procedimiento determinado en el contrato o en el reglamento (que fuera explicado anteriormente). En el caso de sustitución por recusación, del pedido de sustitución se ordena el traslado al miembro acusado, a los restantes miembros y a la

²⁸ Art. 8.1 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

otra parte, para que brinden su opinión al respecto. Luego, la CCI decidirá sobre la procedencia de la recusación.²⁹

4. Como puede apreciarse, el Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* ha tratado extensivamente la constitución de los paneles de expertos y las distintas variables que usualmente se presentan en la práctica a la hora de nombrarse a los expertos.

Consideramos que, para la correcta inserción de este instituto en nuestro derecho, es recomendable el aprovechamiento de la experiencia que organizaciones internacionales como la CCI y la *Dispute Resolution Board Foundation* tienen, por haber participado y organizado *Dispute Boards* de distintas clases y bajo distintos proyectos.

D. Procedimiento de resolución de la disputa

Ya hemos explicado sucintamente cómo se constituye un panel de expertos bajo la Ley de PPP -y su decreto reglamentario- como así también bajo las reglas de una de las instituciones más reconocidas a nivel mundial en la materia.

Para comprender el instituto en su totalidad, es necesario entender cómo funciona el panel frente a una disputa en concreto. En consecuencia, analizaremos el funcionamiento del panel cuando una o varias controversias surgen durante la ejecución de un contrato.

Para nuestro análisis partiremos de la base de que el panel ya se encuentra constituido. Así, no influirá en este estudio el hecho de que el panel se constituya al momento de la ocurrencia de una controversia o bien se hubiera constituido al momento de la firma del contrato.³⁰

Tomaremos otra vez como referencia al Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* para aquellas cuestiones que no hubieran sido incluidas expresamente en la Ley de PPP o en el decreto reglamentario 118/2017.

²⁹ Ver arts. 7 y 8 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

³⁰ El momento de constitución del panel sí influye en otros temas importantes a la hora de decidir una controversia, como es el período de producción de pruebas. Así, si un panel estaba constituido desde la celebración del contrato, y las partes copiaban habitualmente a los miembros del panel durante la ejecución del contrato, la producción de prueba será más simple. Ello debido a que los miembros del panel ya contarán con los documentos y/o información necesaria para la resolución de la controversia. En cambio, si los miembros del panel se constituyen al momento del surgimiento de una controversia, las partes deberán recopilar toda la información y/o documentación necesaria y presentarla a los miembros del panel, lo que llevará a que el panel demore en la resolución del conflicto (ya que deberá tomar conocimiento de todo lo ocurrido hasta el surgimiento de la controversia).

1. El decreto reglamentario 118/2017 ha previsto ciertas cuestiones del procedimiento de resolución de disputas surgidas con motivo del contrato PPP. Estas cuestiones se aplicarán por sobre el reglamento elegido por las partes, debiendo dicho reglamento ajustarse a la normativa del decreto reglamentario 118/2017.

Como primer punto a destacar, señalamos que el art. 9.13.f) establece qué disputas pueden someterse a decisión del panel de expertos. Señala el artículo citado que el panel técnico podrá decidir sobre controversias de “*índole técnica, interpretativa o patrimonial que se susciten durante la ejecución o terminación del contrato PPP*”. Este artículo encuentra su correlato en la Ley de PPP que contiene la misma consideración en el art. 9.w).

No resulta llamativa esta situación, ya que es común ver que los paneles de experto traten cuestiones de hecho y no de derecho. Esto se debe principalmente a que los integrantes del panel son habitualmente ingenieros y no abogados. Asimismo, al ser el mecanismo de resolución de controversias de carácter contractual y no jurisdiccional, su función solamente debería reducirse a decidir cuestiones técnicas o interpretativas de los proyectos.

El mismo artículo apunta que el panel de experto analizará esas clases de controversias “*salvo previsión en contrario en el Pliego o en el Contrato PPP*”. Creemos que esta “previsión en contrario” no permitiría extender las controversias a someter al panel de expertos, sino limitarlas aún más.

Básicamente, el decreto reglamentario 118/2017 propone que el panel de expertos entienda en controversias que son claramente fácticas. El decreto reglamentario 118/2017 incluye como cuestión técnica, interpretativa o patrimonial la posibilidad de discutir la imposición de sanciones al contratista o cualquier acto o medida que dicte el comitente.

En segundo lugar, destacamos que el decreto reglamentario 118/2017 no ahondó en detalles respecto de la forma de presentar el reclamo ante el panel de expertos, plazos para presentarlo, derecho a réplica y demás cuestiones propias del procedimiento. Esto deberá sujetarse a las normas previstas en el reglamento elegido por las partes.

En tercer lugar, el decreto reglamentario 118/2017 determinó que los contratistas que deseen interponer reclamos contra el comitente (en el que existirá un socio estatal) frente a un panel de experto no deberá interponer un reclamo administrativo previo.³¹ Ello

³¹ Artículo 9.13.g).

resulta lógico en tanto el reclamo que introduce el contratista tiene carácter contractual y la resolución que emanará del panel será una recomendación, sin causar un perjuicio determinado a la administración, sin afectar el principio de legalidad de los actos administrativos y sin limitar el acceso al control judicial necesario.

Dejamos sentado que en la práctica podría generar ciertas dudas la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos para esta clase de contratos. Ante esta situación, el decreto reglamentario 118/2017, sin excluir la aplicación de la mentada ley, prefirió eliminar los reclamos administrativos previos para que el contratistas pueda acceder a los mecanismos de resolución de controversias elegidos por las partes.

En cuarto lugar, el decreto reglamentario 118/2017 ha regulado principios procesales que también se encuentran previstos en los reglamentos de *Dispute Boards* más importantes del mundo.

En este sentido, el decreto reglamentario 118/2017 estableció que (i) las partes deben cooperar con el panel de expertos entregando la información -y documentación o pruebas- que requiera para la resolución de las controversias sometidas a su consideración; (ii) el panel de expertos conducirá el procedimiento de acuerdo al reglamento y a lo que considere más adecuado, pudiendo convocar a las partes a audiencias y abrir a prueba el procedimiento; (iii) el panel de expertos tiene facultades conciliatorias más allá de las facultades para resolver la contienda y (iv) el panel de expertos deberá tomar la decisión en el plazo pactado.³²

En quinto lugar, el decreto reglamentario 118/2017 expresamente reconoce que, para los contratos PPP e independientemente de lo que sostenga el reglamento elegido por las partes, los paneles de expertos emitirán recomendaciones.³³ Estas recomendaciones serán obligatorias para las partes siempre y cuando no hubieran planteado ninguna observación o disconformidad de acuerdo a lo previsto en el pliego de bases y condiciones, contrato PPP y/o el reglamento aplicable.

El decreto reglamentario 118/2017 no prevé el mecanismo que debe seguir la parte disconforme con la recomendación del panel de experto. Solamente prevé que, ante silencio del panel de expertos o disconformidad de una de las partes, podrán acudir a sede

³² Ver arts. 9.13.h) e i) del decreto reglamentario 118/2017.

³³ Ver art. 9.13.j).

judicial o arbitral sin necesidad de cumplir con algún tipo de reclamo administrativo previo.³⁴

Ni la Ley de PPP ni el decreto reglamentario 118/2017 establecieron las formas de presentar los reclamos, el trámite que debería darse a los reclamos y la forma de presentación de la evidencia. La regulación del procedimiento está incompleta.

Por eso, consideramos que debe compatibilizarse con los reglamentos elegidos por las partes. Así, analizaremos nuevamente el Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* respecto de estos temas omitidos por la Ley de PPP y el decreto reglamentario 118/2017.

2. El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* prevé dos formas por las que pueden comenzar a intervenir los *Dispute Boards* en la resolución de conflictos entre las partes. La primera de ellas y considerada más informal,³⁵ es de manera preventiva, mientras que la segunda a pedido de una de las partes.

El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece en el art. 16 que los miembros de un panel pueden intervenir cuando detecte algún potencial conflicto ya sea a través de una postura conciliadora e incentivando a las partes a que resuelvan el potencial conflicto por ellas mismas, o sino a través de recomendaciones. Cuando un *Dispute Board* interviene de manera preventiva, generalmente su intervención es más informal, flexible, y usualmente a través de comunicaciones telefónicas o video conferencias.³⁶

La segunda forma de actuación de los *Dispute Boards* comienza cuando una de las partes expresamente somete al panel una discrepancia determinada.³⁷ En esta oportunidad, una de las partes inicia formalmente el procedimiento de resolución de disputas a través del envío por escrito de un requerimiento de iniciación haciendo saber al panel y a la otra parte la existencia de una “Desavenencia”.

Este escrito contendrá, como cualquier demanda, un relato de los hechos que dan origen a la controversia, las partes involucradas, la lista de puntos que deben ser resueltos por el panel (sin perjuicio de que luego el panel pueda actuar previniendo nuevos conflictos), medidas cautelares o urgentes (si es que fuera necesario), el carácter de la

³⁴ Ver arts. 9.13.k), l) y m).

³⁵ Christopher Koch, ob cit, págs 74 y 75.

³⁶ Donald Charrett, “Dispute Boards and the Construction Contracts”, The Victorian Bar Continuing Professional Development Program, 20 de octubre de 2009, pág. 8.

³⁷ Ver art. 18 del Reglamento de la CCI sobre Dispute Boards.

intervención del *Dispute Board* (si se busca una solución o una recomendación) y las pruebas que hagan a la posición de la parte.³⁸ El escrito estará dirigido a los miembros del panel y también a la contraria.

Una vez recibido el escrito, la parte contraria contará con un plazo específico para contestar dicho requerimiento (en el caso del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* el plazo es de 30 días, aunque podría ser más breve dependiendo del reglamento y dependiendo también de la necesidad de una resolución rápida). Es común que los miembros del panel, al observar la controversia que se somete, puedan fijar otro plazo.

El contenido de la contestación del escrito dependerá del tenor de la demanda, pero en líneas generales contendrá la descripción de los hechos de acuerdo a la posición de la contraria, la prueba que fundamente su posición, y contestación sobre la procedencia de medidas cautelares o urgentes (en caso que éstas hubieran sido solicitadas por la parte demandante).³⁹ Entendemos que no existe obstáculo alguno para que la parte demandada reconvenga y, en consecuencia, someta controversias distintas (pero vinculadas con las planteadas por la actora) al panel de expertos. En ese caso, deberá darse traslado a la parte actora para que se expida sobre estas nuevas controversias.

Una vez determinadas las posiciones de las partes, y sin perjuicio de que los *Dispute Boards* pueden dirigir el procedimiento según su mejor entender requiriendo nuevos escritos o pruebas,⁴⁰ es usual que se celebren audiencias entre las partes para lograr (i) llegar a una solución amistosa; o (ii) que los miembros del panel tengan la posibilidad de escuchar a las partes, la presentación del caso y de las pruebas más relevantes.⁴¹

Luego de la o las audiencias, el panel de expertos tendrá un plazo determinado para emitir su decisión o recomendación. Como hemos dicho, la idea reinante en este

³⁸ El art. 19 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* contempla específicamente los puntos que debe contener el escrito de iniciación. Si bien los requisitos no parecieran ser exhaustivos, sí consideramos que son elementos básicos que cualquier parte debe tener presente a la hora de plantear la desavenencia a un panel de expertos. A diferencia de un arbitraje, no se prevé una instancia posterior para enfatizar la posición de cada una de las partes, por lo que el escrito de inicio debe ser lo más completo posible para generar la convicción en el panel de expertos de que la controversia debe solucionarse a su favor.

³⁹ El art. 20 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece ciertos parámetros para que la parte que deba contestar tenga lineamientos sobre una eventual respuesta.

⁴⁰ El art. 15 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* señala que son facultades del *Dispute Board* las de: (i) determinar el idioma del procedimiento; (ii) requerir que las partes aporten documentación; (iii) convocar a reuniones y audiencias; (iv) interrogar a las partes; (v) nombrar peritos; (vi) dictar remedios temporales, entre otras cuestiones.

⁴¹ Cyril Chern, ob cit, pág. 73 y sgtes.

mecanismo de resolución de conflictos es la celeridad en la toma de decisiones, por lo que el plazo que tienen en general los miembros del panel para resolver es breve.⁴²

Otras cuestiones que deben tenerse presentes relacionadas con los *Dispute Boards* son las siguientes. La resolución de disputas no es la única función del panel de expertos; los *Dispute Boards* también participan activamente en la ejecución de los contratos. Por ello es que se las partes tienen un deber de proveer a los miembros del panel con toda la información que poseen y están obligadas a cooperar plenamente.⁴³ Esta obligación, si bien surge desde el momento de la constitución del panel, se acentúa a la hora de existir una controversia. En este aspecto, prima la idea de transparencia y pleno acceso a la información por parte de los miembros del panel.⁴⁴

Asimismo, los paneles de expertos generalmente pactan con las partes visitas periódicas a los lugares de ejecución de los contratos, para la revisión de la ejecución (habitualmente en los contratos de obra). Los paneles también pueden acordar con las partes que se efectúen informes periódicos del avance de la ejecución del contrato y de los diferentes desacuerdos que se van produciendo, sin que tengan la entidad de controversia.⁴⁵

Estas cuestiones mencionadas anteriormente, permiten que los *Dispute Boards* puedan actuar de manera preventiva, evitando el acaecimiento de un conflicto que pudiera impactar en la normal ejecución del contrato.⁴⁶

En consecuencia, si bien vemos que la función de los *Dispute Boards* pareciera ser eminentemente resolutoria, debemos también tener en cuenta que, por la naturaleza de este mecanismo de resolución de controversias, y por la etapa en la que se constituye el panel, puede tener también una función preventiva que ayude a evitar un desgaste en la relación entre las partes.

3. No creemos que las omisiones de la Ley de PPP y su decreto reglamentario respecto del procedimiento de los paneles de expertos sea determinante para su funcionamiento. En virtud de la posibilidad que se les brinda a las partes de elegir un

⁴² Para el caso del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*, el plazo será determinado por el panel, pero nunca podrá exceder de 90 días contados desde la fecha de presentación de la controversia.

⁴³ Ver art. 11.1 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

⁴⁴ Según Chern esta intervención de los *Dispute Boards* es una de las razones por las cuales el instituto funciona. Ver Cyril Chern, ob cit, pág. 76 y sgtes.

⁴⁵ Ver arts. 11 y 12 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

⁴⁶ Christopher Koch, ob cit, pág. 55 y sgtes.

reglamento aplicable a los paneles de expertos, esta carencia puede ser suplida satisfactoriamente.

Esta aplicación supletoria de los reglamentos de paneles de expertos o de *Dispute Boards*, genera un abanico de posibilidades de actuación del panel de expertos en el marco de los contratos de PPP que permitirá colaborar activamente en la ejecución de los proyectos.

En este sentido, los expertos podrán cumplir funciones de prevención de controversias y de resolución de controversias. Este doble rol podrá efectivizarse en tanto y en cuanto el panel se constituya desde el inicio de la ejecución del contrato y se mantenga a lo largo de la vida del contrato.

Por otra parte, no debe descartarse que las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, restrinjan o amplíen las facultades de resolución de los paneles de expertos. Siempre dentro de los límites en razón de materia previstos en la Ley de PPP y en el decreto reglamentario 118/2017.

Finalmente, destacamos que la gran diferencia de este instituto con otras formas de resolución de controversias radica en la inmediatez de los paneles de expertos para conocer en los temas. Esto se manifiesta en los viajes que realizan los expertos a los lugares donde se ejecutan las obras, para analizar *in situ* el avance de los mismos, y las posibles dificultades con las que se enfrente el contratista o el comitente.

E. Decisión del Dispute Board

Una vez transcurrido el procedimiento, aun con las variantes previstas en cada reglamento y en la Ley de PPP (y su decreto reglamentario 118/2017), el panel de expertos debe emitir su opinión respecto de la controversia originada.

Como ya hemos dicho, las decisiones de las controversias (ya sea a través de una resolución vinculante o de una recomendación), deben ser tomadas por los miembros del panel de expertos lo más rápidamente posible.

El decreto reglamentario 118/2017 no prevé plazo alguno para que se expida el panel de expertos. El decreto reglamentario 118/2017 establece que “*el panel técnico deberá expedirse sobre las controversias que le sean sometidas dentro del plazo que se fije en el Pliego o en el Contrato PPP*”.⁴⁷ Por defecto, el reglamento elegido por las partes debería

⁴⁷ Ver art. 9.13.i) del decreto reglamentario 118/2017.

aplicar, ya que en la práctica dicho reglamento estará previsto en el pliego de licitación o en el contrato PPP.

En relación a los reglamentos, observamos que el principio general que receptan la mayoría de los reglamentos en la materia es de un plazo breve luego de celebrada la última audiencia para oír a las partes, para que los *Dispute Boards* emitan su decisión. A modo de ejemplo, el art. 22.1 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* establece un plazo que no debería ser mayor a 90 días de la fecha de iniciación de la controversia.

Ahora bien, no solamente es importante el plazo para dictar la decisión, sino también el contenido de la misma. Como toda decisión, el tratamiento de la controversia y el razonamiento aplicado para llegar a la decisión son fundamentales para que la misma sea justa. Estos principios no escapan de la órbita de los *Dispute Boards*.

Cualquier miembro de un panel de experto debe tener como horizonte que la decisión debe: (i) tratar los hechos descriptos por las partes; (ii) hacer referencia a las disposiciones contractuales que ayudaron a los miembros del panel a tomar la decisión; (iii) tener presente los documentos adjuntados por las partes; (iv) determinar la forma de cumplimiento de la decisión; y (v) explicar cómo llegaron a la resolución del conflicto.

El Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* determina ciertos puntos que obligatoriamente deben estar en las decisiones de los paneles de experto, mientras que menciona otros puntos que cuya inclusión quedará a criterio del panel.

Entre los puntos obligatorios figuran la indicación de la fecha, la parte resolutive y las razones que fundamentan la resolución.⁴⁸ En el segundo grupo se mencionan la inclusión de un resumen de las posiciones de las partes, de las disposiciones del contrato, del procedimiento seguido y de los escritos y documentos presentados por las partes.⁴⁹ Creemos que si bien estos últimos puntos serían “optativos”, su inclusión mejoraría notablemente la claridad de la resolución y podrían ayudar a evitar conflictos futuros en la ejecución del contrato.

Es importante destacar otro tema vinculado con la decisión de los miembros del panel de expertos es la mayoría exigida para que la decisión pueda tomarse. Comúnmente, las decisiones tienden a tomarse de manera unánime. Entendemos que las partes también pueden optar por un régimen de mayoría para la toma de decisiones. Por ser temas

⁴⁸ Ver art. 22 primer párrafo del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

⁴⁹ Ver art. 22 segundo párrafo del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

técnicos los que usualmente se someten a resolución, nuestra opinión es que las decisiones deberían ser unánimes.⁵⁰ Además, una decisión unánime tiene mayor fuerza a la hora de obligar su cumplimiento.

Las consideraciones tratadas en esta sección son de vital importancia para el funcionamiento de los *Dispute Boards* en contratos de obra y para el dictado de decisiones (vinculantes o no) que puedan ser útiles para la ejecución del contrato. Recuérdese, los contratos de obra tienen entre sus principales problemas, controversias de tipo técnico que necesitan ser resueltas con celeridad para no entorpecer la construcción de la obra.

Entonces, será necesario que las decisiones tomadas por los *Dispute Boards* sean lo más claras posibles y detallen con precisión aquellas normas contractuales o documentos que fueron relevantes para resolver la controversia. También será fundamental que expliquen de manera clara los pasos a seguir luego del dictado de la decisión. Todo ello, con la idea de generar convicción a las partes acerca del correcto cumplimiento del contrato y de la conveniencia de evitar conflictos y demoras en la ejecución del mismo.

Eventualmente, y para el caso que así lo decidieran las partes, la resolución tomada por el *Dispute Board* puede ser previamente examinada por el Centro Internacional de ADR de la Cámara de Comercio Internacional. Este examen será previo a la emisión formal de la decisión por parte del *Dispute Board* y solamente podrá corregirse la forma de la decisión.⁵¹

A contrario de lo sostenido por el Reglamento de la CCI, el decreto reglamentario 118/2017 solamente prevé que el panel de expertos dictará recomendaciones, que serán vinculantes para las partes en tanto no hubieran sido impugnadas en el plazo legal establecido por el pliego de bases y condiciones, el contrato PPP o el reglamento aplicable.⁵²

El decreto reglamentario 118/2017 no contiene ninguna previsión de cómo debe ser dictada la decisión por el panel de expertos. No quedan dudas que se aplicará para ello el reglamento elegido por las partes para regular los paneles de expertos. Cualquiera sea el reglamento aplicable, la resolución deberá prever cuanto menos: (i) la parte dispositiva;

⁵⁰ Esta es la posición del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards* que en el art. 25 de dicho cuerpo normativo propone como primera opción

⁵¹ Ver art. 23 del Reglamento de la CCI sobre *Dispute Boards*.

⁵² Ver art. 9.13.j).

(ii) el tratamiento de los hechos y de la prueba producida -si este fuera el caso-; (iii) la fecha y firma de los miembros del panel; y (iv) la forma en la que fue tomada la decisión.

F. Ejecución o impugnación de la decisión

En este apartado mencionaremos brevemente el procedimiento de ejecución o de impugnación, de acuerdo sea el caso, de una decisión emitida por un panel de expertos con base en la Ley de PPP y en su decreto reglamentario. No es la idea de este trabajo la de agotar el estudio del tema. De por sí, la ejecución de decisiones de *Dispute Boards* amerita un estudio complementario por la complejidad del tema y los diferentes escenarios que pudieran llegar a presentarse.

El decreto reglamentario 118/2017 expresamente consideró la posibilidad de que una de las partes desee observar o impugnar la decisión del panel de experto. Para ello, deben manifestar su disconformidad dentro del plazo pactado por el pliego de bases y condiciones, el contrato de PPP o el reglamento aplicable.⁵³

Esta disconformidad deberá ser resuelta por el tribunal elegido por las partes, que podrá ser judicial o arbitral.⁵⁴

Tal como mencionamos anteriormente, para el caso que quien presente la disconformidad sea el contratista, no será necesario que inicie ningún reclamo administrativo previo para iniciar el arbitraje o el litigio en sede judicial.⁵⁵

Debe tenerse presente que el plazo previsto para la presentación de la disconformidad es perentorio. En consecuencia, una vez vencido el plazo, la decisión quedará firme, no pudiéndose la revisión judicial o arbitral de la decisión.⁵⁶

En lo que hace a la ejecución de una decisión del panel de expertos, para lograr que sea cumplida por la parte perdedora, el decreto reglamentario 118/2017 establece que dicho cumplimiento podrá ser reclamado en sede judicial o arbitral -dependiendo de la jurisdicción pactada por las partes-.⁵⁷ La parte cumplidora podrá a su vez, solicitar que se impongan sanciones contra la parte perdedora, si es que estuvieran previstas en el pliego de bases y condiciones o en el contrato PPP.

⁵³ Ver art. 9.13.l) del decreto reglamentario 118/2017.

⁵⁴ Ver art. 9.13.l) del decreto reglamentario 118/2017.

⁵⁵ Ver art. 9.13.m) del decreto reglamentario 118/2017.

⁵⁶ Ver art. 9.13.ñ) del decreto reglamentario 118/2017.

⁵⁷ Ver art. 9.13.o) del decreto reglamentario 118/2017.

La ejecución de la decisión deberá proceder siempre y cuando la misma se encuentre firme y consentida por las partes. Esto quiere decir que, si cualquiera de las partes manifestó su disconformidad con la decisión del panel de expertos, el juez o los árbitros primero deberán revisar la disconformidad y luego, en caso de confirmar la decisión, ejecutar la misma.

VII. SOBRE EL ARBITRAJE PREVISTO EN LA LEY DE PPP

Así como la Ley de PPP ha regulado los paneles de expertos como mecanismo de resolución de controversias de carácter contractual, dicha norma también ha venido a posibilitar que las partes sujeten las controversias que pudieran derivarse de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos, pliegos y documentación contractual a arbitraje.

Como hemos dicho en la introducción, esta posición resulta novedosa en tanto no es usual que para contratos de obra en los que el Estado Nacional esté involucrado se permita pactar arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

Sin embargo, pareciera ser que la tendencia está cambiando ya que se ha incorporado también al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas en los pliegos de licitación de energía renovable que se han publicado en el marco del programa RenovAR.

Vemos entonces que el arbitraje está cobrando mayor preponderancia en nuestro derecho, ya sea a través de estas incorporaciones, como así también por la incorporación del arbitraje comercial doméstico en el Código Civil y Comercial de la Nación y el Proyecto de Arbitraje Comercial Internacional que se encuentra en discusión en el Congreso de la Nación.

Creemos fundamental hacer algunas consideraciones respecto del arbitraje en los contratos de PPP.

A. ¿Frente a qué tipo de arbitraje estamos en presencia?

1. Como es sabido, existen en la práctica distintos tipos de arbitraje, dependiendo de la naturaleza del reclamo y de las fuentes que sustentan dicha petición, entre otros elementos que influirán en la determinación final del carácter del arbitraje.

En este sentido, podemos hallar arbitrajes comerciales, arbitrajes de inversión, arbitrajes domésticos, arbitrajes internacionales.

Esta diferenciación no es meramente conceptual. Sino que tiene efectos concretos en la realidad. A modo de ejemplo, Argentina solamente cuenta en la actualidad con regulación en materia de arbitraje comercial doméstico, de carácter nacional y prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Ahora bien, en lo que hace al presente trabajo, estaríamos frente a un arbitraje elegido por las partes, y que debiera tener naturaleza comercial. Si bien esta posición podría resultar sumamente discutible, no debe ignorarse que lo que se discutirá es justamente la ejecución de un proyecto que debiera tener naturaleza comercial, conforme fuera definida por la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional.⁵⁸

Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, no puede dejar de desconocerse tampoco que el inversionista podría apartarse de la cláusula arbitral elegida por las partes, y si se configuran los supuestos exigidos, podría invocar previsiones de un Tratado Bilateral de Inversión, e iniciar un arbitraje de inversión conforme los términos de dicho tratado.

Ello no hace *per se* que la cláusula arbitral pactada por las partes fuera inválida, sino que, para el caso que pudiera iniciarse un arbitraje de inversión, deberíamos estar en presencia de un caso que excede la correcta ejecución del contrato. Deberíamos estar frente a un caso donde los principios esenciales del derecho de inversión no se han respetado, causando un daño concreto al inversionista.

Así, para conflictos que deriven de la falta de pago por parte del Estado Nacional del canon pactado en el contrato de PPP, o falta de cumplimiento del privado en la ejecución del proyecto, las partes deberían pactar un arbitraje comercial.

En cambio, y sin que exista acuerdo mediante, si se presente un conflicto derivado de una expropiación del proyecto, sin pago de justa compensación, el inversionista (siempre y cuando fuera extranjero y existiera un tratado internacional que así lo permitiera con el país de nacionalidad del inversionista) podría iniciar un arbitraje de inversión.

Vemos entonces dos supuestos diferentes, pero ambos tienen su origen en el contrato de PPP.

2. Resulta muy importante también determinar la naturaleza nacional o internacional del arbitraje. No es lo mismo estar frente a un arbitraje doméstico (siempre mirando desde

⁵⁸ Ver art. 1.3. de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. Actualmente se encuentra en tratamiento un proyecto de ley en Argentina para incorporar como ley de Arbitraje Comercial Internacional la Ley Modelo de UNCITRAL.

la óptica del derecho argentino) a un arbitraje internacional. La posibilidad de anular el laudo frente a los tribunales argentinos, la necesidad de iniciar un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos, la producción de la prueba, entre otras cuestiones, son circunstancias que variarán dependiendo de si el arbitraje es nacional o internacional.

Para determinar este carácter, será necesario analizar los elementos o puntos de conexión del arbitraje con la sede, el lugar de ejecución de los contratos, las partes signatarias del acuerdo, el lugar de celebración del acto, y hasta en algunos supuestos, el derecho aplicable al contrato.

Todos estos elementos permitirán comprender si estamos frente a un arbitraje internacional o frente a un arbitraje doméstico.

Esta determinación no es un detalle menor, ya que, por ejemplo, Argentina no cuenta en la actualidad con una ley de arbitraje comercial internacional. Asimismo, permitirá determinar si será necesario iniciar un proceso de anulación, o si las partes podrán oponerse al laudo en un proceso de reconocimiento y ejecución de laudo en Argentina.

B. El arbitraje y los paneles de expertos

A la hora de pactar la posible prórroga de jurisdicción, las partes deberían evaluar ciertos elementos a tener en cuenta para acordar un sistema de resolución de disputas eficiente y útil a sus intereses y expectativas.

Así, las partes deberían analizar: *(i)* la interacción entre los paneles de expertos (y las decisiones que éstos adopten) y el tribunal elegido por las partes; *(ii)* el conocimiento que el tribunal pueda tener de las materias involucradas en el proyecto; *(iii)* la disponibilidad del tribunal para entender en casos complejos; y *(iv)* el proceso de recolección de evidencia.

1. Creemos que el arbitraje es el sistema de resolución de disputas que mejor se adapta a todas las cuestiones enunciadas en el párrafo anterior.

En particular, creemos que el arbitraje es el sistema de resolución de disputas que resulta más compatible con el panel de expertos. Y esta situación se puede comprobar a poco que se vea que en los principales reglamentos de paneles de expertos y en la mayoría de las cláusulas de resolución de disputas previstas en los contratos de obra, se elige el panel de expertos y el arbitraje.

La homogeneización que existe entre ambos sistemas,⁵⁹ permite que ambos se complementen y se obtengan decisiones justas. En este sentido, los árbitros serán capaces de comprender la extensión de las decisiones del panel de expertos y así poder lograr que las decisiones adoptadas puedan ser revisadas sin desconocer los extremos ya resueltos.

Por ello, consideramos que en los contratos de PPP celebrados bajo la Ley de PPP las partes deberían pactar el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas.

2. Un tema no menor a analizar es si los miembros del panel de expertos, una vez pasada su función como miembros del panel, pueden actuar como árbitro (en el caso del abogado) o como expertos (en el caso de los ingenieros) en la controversia posterior en el arbitraje. Creemos que la participación de ellos debería estar vedada por existir un involucramiento previo (y también pueden existir hasta decisiones previas), lo que hace que pudiera existir prejudicialidad.

En este sentido, no resultaría conveniente que los miembros del panel luego sean elegidos como árbitros o expertos, para evitar anulaciones posteriores a los laudos.

3. Consideramos finalmente que el hecho de que el arbitraje secunde al panel de expertos le dará mayor flexibilidad a las partes a la hora de tramitar el procedimiento de resolución de disputas.

En primer lugar, se ha demostrado que el panel de expertos disminuye sensiblemente futuros reclamos.⁶⁰ Las partes al llevar sus controversias frente al panel de expertos obtienen una solución expedita y evitan que los pequeños conflictos se acumulen y luego generen un gran litigio arbitral o judicial, con grandes costos y demoras para la ejecución del procedimiento.

Las partes para cada una de las controversias llevadas al panel de expertos recopila la documentación y la prueba que hace a su derecho. Ello genera el procedimiento de recolección de evidencia para un arbitraje posterior sea mucho más simple.

Pero es bastante factible que la documentación y evidencia recopilada pudiera no ser de utilidad en un litigio judicial, ya que las reglas procesales en materia de prueba son más estrictas. En este sentido, el proceso arbitral es más flexible para la recopilación de evidencia, lo que hace que la prueba recopilada pueda ser utilizada.

⁵⁹ Término que fuera empleado por Judith Resnik en su trabajo “*Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights*”, Yale Law Journal, Volume 124, Number 8

⁶⁰ Owen, Gwyn y Totterdill, Brian, “Dispute Boards: procedures and practice”, Thomas Telford LTD, 2008.

En segundo lugar, consideramos que el arbitraje y el panel de expertos también compatibilizan. Recuérdese que las resoluciones del panel de expertos pueden revisarse en su totalidad, o puede reclamarse los daños y perjuicios derivados de la decisión del panel de expertos.

Ante esta situación, creemos que el arbitraje es el mejor procedimiento para que se revisen las decisiones de los paneles. La ya mencionada flexibilidad en la producción de prueba, facultará a las partes a traer a la discusión opiniones de expertos en cuestiones de hecho netamente técnicas. Lo mismo sucederá a la hora de determinar la compensación adecuada, si es que la hay.

En tercer lugar, el arbitraje es el mecanismo de resolución de disputas que mejor se adapta a los contratos de obra. Siendo los contratos PPP en su mayoría de ejecución de proyectos, consideramos que el arbitraje debería estar presente en esta clase de contratos.

A continuación, desarrollaremos los motivos por los cuales consideramos que el arbitraje se adapta mejor a esta clase de contratos.

C. El arbitraje en los Contratos de obra y en los contratos PPP

Como hemos dicho, el arbitraje es el mejor sistema de resolución de disputas para los contratos PPP, debido a que es el que mejor se ajusta a los intereses de las partes, le brinda un sistema imparcial y expedito, y permite elegir a personas especializadas en la materia.⁶¹

Por ello, consideramos que es el sistema que debe elegirse a la hora de pactar un sistema de resolución de disputas para esta clase de contratos.

1. Es sabido que los inversionistas a la hora de verse interesados para invertir en un proyecto determinado, deberían contar con una política legal y regulatoria clara que asegure el tratamiento justo y equitativo a cada una de las personas que deseen participar de los proyectos, y un sistema de resolución de disputas que les garantice que sus controversias serán oídas sin ningún tipo de inclinación a favor del estado o agencia gubernamental contratante.⁶²

⁶¹ Ver el análisis efectuado por <http://diazreus.com/resolving-disputes-in-privatepublic-partnership-agreements/> en el que se comparan distintos mecanismos de resolución de controversias, y se prioriza el arbitraje internacional.

⁶² Ver Harinsakar, K. S. y Sreeparvathy, G., “Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India”, *Journal of Infrastructure Development*, 5(I) 21-32.

Adicionalmente, las partes buscan que los conflictos sean resueltos en el menor tiempo posible, a bajo costo y por tribunales especializados. Las partes, cuando identifican un conflicto y presentan un caso, pretenden que los juzgadores estén plenamente disponibles para entender en su caso, y tengan el conocimiento adecuado para que su controversia pueda ser resuelta justamente.

El arbitraje se presenta como la solución ideal, por lo menos en estos tiempos, debido a que permite hallar un sistema de resolución de conflictos en el que las partes pueden elegir a las personas más capacitadas del mercado para que entienda en esas causas.

Ello hace que las partes, y sobre todo los inversionistas, se sientan más confiados a la hora de invertir, sabiendo que no serán juzgados por tribunales locales que podrían tener cierta inclinación a resolver a favor del Estado Nacional.

Esta es una de las primeras ventajas del arbitraje.

2. Las bondades del arbitraje para conflictos derivados de contratos de construcción y de contratos PPP son variadas⁶³, y no se limitan solamente a brindar seguridad jurídica.

Sin perjuicio de las características enunciadas en el punto anterior, el arbitraje resulta más conveniente para contratos de construcción ya que brinda a las partes confidencialidad en el tratamiento de la disputa y durante todo el procedimiento. Ello hace que las partes se sientan más seguras al tratar controversias sensibles como pueden ser las que se deriven del diseño del proyecto, *know-how*, propiedad intelectual, entre otras cuestiones.

Debe tenerse presente que las partes pueden renunciar al deber de confidencialidad.

Un tema no menor es si el Estado Nacional puede estar sujeto a un proceso confidencial, teniendo en cuenta la necesidad de transparencia y de acceso a la información pública.

Consideramos que sí. El Congreso de la Nación autorizó expresamente al Poder Ejecutivo Nacional a que apruebe prórrogas de jurisdicción a favor de tribunales arbitrales. Si el Poder Ejecutivo Nacional aprobó y pactó la prórroga a favor de tribunales arbitrales debió preverse que una de las consecuencias sería la confidencialidad del procedimiento.

⁶³ Ver a modo de ejemplo Flood, John y Caiger, Andrew, "Lawyers and Arbitration: The juridification of Construction Disputes", *The Modern Law Review*, Volume 56, Issue 3, 1993, pp. 412-440; Rubino-Sammartano, Mauro, "International Arbitration Law and Practice" Second revised Edition, Kluwer Law International, 2001.

La otra gran ventaja del arbitraje por sobre los tribunales judiciales para estas clases de disputas radica en la limitada recurribilidad de una decisión arbitral.⁶⁴ Así, al aceptarse comúnmente que las partes pueden renunciar al recurso de apelación o de segunda instancia. Ello hace que las disputas puedan resolverse en menor tiempo y poder continuar con la ejecución del proyecto, que debería ser el principal objetivo de las partes.

3. También debe tenerse presente que el arbitraje es un sistema que basa su confianza en la garantía de dictar laudos válidos que podrán ser ejecutados contra el perdedor de manera eficaz. Para que eso suceda en los contratos PPP -y en especial en Argentina-, deberá tenerse en cuenta la necesidad o no de la aprobación de su inclusión en los Pliegos o contratos por parte de alguno de los poderes del Estado.

En el caso de Argentina, la Ley de PPP establece que el Poder Ejecutivo Nacional deberá aprobar la inclusión de la cláusula arbitral y de cualquier otra clase de prórroga de jurisdicción que se pretenda pactar (ver art. 25 de la Ley de PPP).

Esta previsión no es menor. Creemos que es un requisito necesario para la validez de la cláusula arbitral y del procedimiento arbitral que se pacte.

Así, para el caso de que exista un contrato de PPP en el que se hubiera pactado el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, y que dicha prórroga de jurisdicción no contara con la suficiente aprobación del Poder Ejecutivo Nacional, dicha prórroga no sería válida, y el procedimiento podría ser anulado.

En nuestro entendimiento, la aprobación de la prórroga de jurisdicción es un requisito de validez para que la misma no pueda ser anulada con posterioridad. Esta consideración también tiene un efecto “secundario” que sería que luego el Estado Nacional no podría invocar la prohibición de prórroga de jurisdicción persiguiendo la anulación del laudo o el no reconocimiento del mismo.

No puede desconocerse todos los conflictos y todas las discusiones que se han suscitado con motivo del “tándem” prórroga de jurisdicción y Estado Nacional. Basta traer a colación el conflicto por la restructuración de la deuda en donde sistemáticamente se ha negado la jurisdicción de los tribunales extranjeros pactados en los instrumentos de emisión de los bonos.

⁶⁴ Ya hemos hecho suficiente hincapié en las ventajas en cuanto a costos y *expertise* de los árbitros, con lo que consideramos no sería necesario volver a resaltar estas características.

En consecuencia, la certidumbre y seguridad jurídica de los inversionistas podría verse minada si no existiera una constancia específica de que el Poder Ejecutivo Nacional hubiera aprobado expresamente la prórroga de jurisdicción.

4. En virtud de las consideraciones expuestas, el arbitraje se presenta en la actualidad como un mecanismo de resolución de disputas superador, que se compatibiliza con el panel de expertos para dar las soluciones más eficaces y justas en los contratos de obra.

Los paneles de expertos primero, y los árbitros después, entienden el proyecto, la disputa, lo que está en juego, y dan una solución concreta y rápida para que las partes puedan continuar con la ejecución del contrato o darle una terminación al mismo.

VIII. CONCLUSIONES

A manera de cierre, podemos concluir que la Ley de PPP -y el decreto reglamentario 118/2017- han venido a traer a la mesa de discusión un sistema novedoso de resolución de controversias de carácter contractual como es el panel de expertos, y el arbitraje en materia de construcción y en la que el estado es una de las partes contratantes.

La experiencia global ha demostrado que los paneles de expertos son mecanismos eficientes y aptos para resolver conflictos en el marco de contratos de obra. Los paneles de expertos han colaborado activamente en mejorar los tiempos de ejecución del contrato. También han ayudado a un mejor control por parte del dueño de la obra y a evitar gastos y costos innecesarios por la demora en la ejecución.

El procedimiento de los paneles de expertos es compatible con nuestro ordenamiento jurídico, y materialmente realizable. Facilita la correcta defensa de los derechos de las partes al contar los miembros del panel con mayor información en tiempo real. Eso tiene un solo efecto: decisiones en tiempo útil para no entorpecer la construcción.

En cuanto al arbitraje, las bondades del mismo han sido ampliamente tratadas en doctrina y jurisprudencia. Consideramos, desde nuestro punto de vista, que el arbitraje es plenamente compatible con los paneles de expertos. Hasta nos animamos a arriesgar que por la naturaleza de las decisiones de los paneles, el arbitraje es el sistema de resolución de disputas que compatibiliza de mejor forma.

No debemos dejar de resaltar que el arbitraje es el, tal vez, el mejor sistema de resolución de disputas que se adapta a los conflictos que se presentan en contratos de obra, como los que se podrían instrumentar a través de la Ley de PPP. En consecuencia,

esta incorporación, y su posterior uso por las partes, será beneficioso para la ejecución de los contratos

Por ello, no nos queda más que concluir que los agregados en esta materia facilitarán la realización de los proyectos, brindarán transparencia y promoverán la participación de inversionistas extranjeros.

BIBLIOGRAFIA

Banco Mundial. *Contratos de participación público privada*. Disponible en: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Donald Charrett, “Dispute Boards and the Construction Contracts”, The Victorian Bar Continuing Professional Development Program, 20 de octubre de 2009.

Cyril Chern, “Chern on Dispute Boards”, Informa Law from Routledge, 3era Edición, 2015.

Christopher Koch, “The New Dispute Board Rules of the ICC”, 23 ASA Bulletin 1/2005,

Flood, John y Caiger, Andrew, “Lawyers and Arbitration: The juridification of Construction Disputes”, The Modern Law Review, Volume 56, Issue 3, 1993.

Owen, Gwyn y Totterdill, Brian, “Dispute Boards: procedures and practice”, Thomas Telford LTD, 2008.

Harinsakar, K. S. y Sreeparvathy, G., “Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India”, Journal of Infrastructure Development, 5(I) 21-32.

Jiménez Figueres, Dyalá y Caivano, Roque “Funcionamiento de los “Dispute Boards” de la CCI y su encuadre en el derecho argentino”, artículo publicado en Revista Internacional de Arbitraje N° 6, Enero – Junio 2007, Editorial Legis.

Marval, O’farrel, Mairal. *La participación público privada como una nueva herramienta para el desarrollo de infraestructura en Argentina*. Disponible en: <http://www.marval.com/publicacion/la-participacion-publico-privada-como-una-nueva-herramienta-para-el-desarrollo-de-infraestructura-en-argentina-12794/> Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Resnik, Judith. “Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights”, *Yale Law Journal*, Volume 124, Number 8.

Rubino-Sammartano, Mauro, “International Arbitration Law and Practice” Second revised Edition, Kluwer Law International, 2001.

Spoorenberg, Frank y Franchini, Daniela. “Supreme Court rules on FIDIC pre-arbitration steps”, de fecha 27 de noviembre de 2014. Disponible en

<http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Switzerland/Tavernier-Tschanz/Supreme-Court-rules-on-FIDIC-pre-arbitration-steps#1>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Scherer, Matthis. “Swiss Supreme Court analyses enforceability of pre-arbitral procedure in multi-tier dispute resolution provision (FIDIC DAB)”, Kluwer Arbitration Blog, publicado el 1 de octubre de 2014.

Patterson, Lindy. “Appointing the Dispute Board – Why it differs from Arbitration appointments”, Kluwer Arbitration Blog, publicado el 20 de abril de 2015.

Harinsakar, K. S. y Sreeparvathy, G., “Rethinking Dispute Resolution in Public-Private Partnerships for Infrastructure Development in India”, *Journal of Infrastructure Development*, 5(I) 21-32.

A. Normativa

Argentina. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Ley 26.994. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Argentina. Ley de Participación Público Privada. Ley 27328. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000-269999/268322/norma.htm>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Argentina. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Ley 17.454. Disponible en: <http://www.mecon.gov.ar/concursos/biblio/CODIGO%20PROCESAL%20CIVIL%20Y%20COMERCIAL%20DE%20LA%20NACION.pdf>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Argentina. Decreto Reglamentario 118/2017, publicado el 20 de febrero de 2017. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=271968>. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

Cámara de Comercio Internacional. *Reglamento de Dispute Boards*. Disponible en: http://www.iccostarica.com/images/Arbitraje/ICC_Reglamento_DisputeBoards.pdf. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

UNCITRAL. *Ley Modelo de UNCITRAL*. Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf. Última consulta: 21 de agosto de 2017.

B. Jurisprudencia

Corte Suprema de Suiza, 4A_124/2014, resolución del 7 de Julio de 2014 (disponible en francés).

EL DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FRENTE AL ABORTO NO PUNIBLE

*Juan Pablo Nora**

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo justificar la existencia del derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud en materia de aborto no punible, tanto en el ámbito de la medicina privada como el de la pública. Para ello, se sostendrá la importancia de la libertad de las personas humanas y jurídicas en concordancia con los derechos contemplados por la Constitución Nacional Argentina, a saber: autonomía de la voluntad, libertad de culto y libertad de conciencia. A su vez, se buscará proponer, a modo de ejemplo, una serie de lineamientos para la regulación de este derecho en el ámbito legal argentino.

Abstract

This article aims to justify the existence of the right to objection of conscientiousness of health professionals in the field of non-punishable abortion, in private and public medicine. With this objective, it will be argued that the importance of the freedom of human and legal persons related to the rights protected by the Argentina Constitution, namely: autonomy of will, freedom of religion and freedom of conscience. At the same time, it will seek to propose, by way of example, a series of guidelines for the regulation of this right in the Argentine legal sphere.

* Juan Pablo Nora es abogado por la Universidad de San Andrés (2016), graduado con honores summa cum laude. Recibió el Premio al Mejor Promedio de Abogacía. Este trabajo es una adaptación de su tesis de grado dirigida por el Dr. J. Sebastián Elías, la cual recibió el Premio a la Mejor Tesis de Abogacía. Actualmente se desempeña como Asistente en el Ministerio de Modernización de la Nación. En el año 2012 fue presidente de Partners Campus UdeSA, siendo fundador del primer Student Chapter de Partners of the Americas en Argentina. Durante el año 2013, fue coordinador general de Red|Ar, el único proyecto argentino ganador de la edición 2014 del Alumni Engagement Innovation Fund (AEIF). En el año 2016 se desempeñó como abogado en *Rosso Alba, Francia y Asociados*, teniendo la oportunidad de trabajar con estudios jurídicos del extranjero. Fue asistente de Eventos en la Universidad de San Andrés en el año 2017.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo justificar la existencia del derecho a la objeción de conciencia por parte de los profesionales de la salud en materia de aborto no punible, tanto en el ámbito de la medicina privada como el de la pública. Para ello, se sostendrá la importancia de la libertad de las personas humanas y jurídicas en concordancia con los derechos contemplados por la Constitución Nacional Argentina, a saber: autonomía de la voluntad, libertad de culto y libertad de conciencia. A su vez, se buscará proponer, a modo de ejemplo, una serie de lineamientos para la regulación de este derecho en el ámbito legal argentino.

Antes de avanzar en el artículo, y con el fin de lograr una mejor comprensión del tema, es necesario fijar ciertas pautas que permitan visualizar qué tipo de discusión se desarrollará, y qué predisposición se recomienda asumir al lector frente a ello. Para ello se comenzará brindando una primera aproximación a la definición de objeción de conciencia. Marcelo Alegre, quien reconoce la existencia del derecho a la objeción de conciencia, lo define como “el derecho a no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas muy profundas del individuo”¹.

Como se ha expresado en la definición, la objeción de conciencia está motivada por razones estrictamente personales, fundadas en las creencias del individuo. Sobre este punto, Robert P. George, en su trabajo “Conscience and Its Enemies”², al realizar una crítica al *Department of Health and Human Services (“HHS”) contraception and abortion drug mandate* de los Estados Unidos de América, sostiene que las apreciaciones que regula la objeción de conciencia son éticas y filosóficas, y no gozan de la objetividad de la ciencia, lo que conllevaría que los fundamentos utilizados en la reglamentación de este derecho pertenecieran al ámbito ideológico.

Debido a la naturaleza de este artículo, se buscará introducir al lector en un campo de estudio³ reciente que tiene como fin el entendimiento de los prejuicios que existen frente a la exposición de un tema o un punto de vista: la cognición cultural (*cultural*

¹ Marcelo Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, en *Derecho y sexualidades: [SELA 2009]*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política y M. Alegre (Buenos Aires: Librería, 2010), 13.

² Robert P. George, “Conscience and Its Enemies”, *Catholic Social Science Review* 18 (2013), 281-288.

³ Para profundizar sobre los estudios sobre cognición cultural véase: “Cultural Cognition Project Papers”, The Cultural Cognition Project At Yale Law School, disponible en <http://www.culturalcognition.net/papers-topical/> (consultado por última vez el 2 de julio de 2017).

cognition). Este fenómeno ha sido explicado por Dan M. Kahan y Donald Braman en su trabajo “Cultural Cognition and Public Policy” (La Cognición Cultural y la Política Pública) de la siguiente forma:

Esencialmente, los compromisos culturales son previos a las creencias fácticas en temas de gran contenido político. La cultura es previa a los hechos, no solo en el sentido evaluativo en que los ciudadanos pueden preocuparse más sobre cómo el control de armas, la pena de muerte, las regulaciones ambientales y otros temas similares son coherentes con sus valores culturales, que de la importancia a las consecuencias de dichas políticas. Por el contrario, la cultura es anterior a los hechos en el sentido cognitivo de que lo que los ciudadanos creen acerca de las consecuencias empíricas de estas políticas deriva de sus visiones culturales del mundo. Basado en una variedad de mecanismos psicológicamente superpuestos, los individuos aceptan o rechazan pretensiones sobre las consecuencias de políticas controversiales basándose en su visión de una buena sociedad⁴.

Esta forma de percepción de los contenidos en temas controversiales afecta a la evaluación que realizan los individuos al analizar dichos temas, ya que los valores culturales preexistentes constituyen un prejuicio (*bias*) que influye en la apreciación de argumentos o puntos de vista no coherentes con dichos valores culturales. Es así que “debido a que la cognición cultural determina qué tipos de información los individuos consideran confiables, las creencias culturales polarizadas de este tipo persisten obstinadamente frente a los avances científicos en su entendimiento”⁵. Cabe destacar que este artículo no consiste en un análisis de evidencia científica, pero que es necesario comprender este fenómeno debido a la importancia que tiene la cognición cultural en la evaluación de argumentos. Es así que en el ámbito legal, y principalmente en el proceso de decisión judicial (*adjudication*), se han realizado diversos estudios sobre los distintos

⁴Dan M. Kahan y Donald Braman, “Cultural Cognition and Public Policy”:148, disponible en <http://www.culturalcognition.net/browse-papers/cultural-cognition-and-public-policy.html> (consultado por última vez el 28 de junio de 2017). (Traducción propia del original): “Essentially, cultural commitments are prior to factual beliefs on highly charged political issues. Culture is prior to facts, moreover, not just in the evaluative sense that citizens might care more about how gun control, the death penalty, environmental regulation and the like cohere with their cultural values than they care about the consequences of those policies. Rather, culture is prior to facts in the cognitive sense that what citizens believe about the empirical consequences of those policies derives from their cultural worldviews. Based on a variety of overlapping psychological mechanisms, individuals accept or reject empirical claims about the consequences of controversial policies based on their vision of a good society”.

⁵Kahan y Braman, “Cultural Cognition and Public Policy”, 169. (Traducción propia del original): “Moreover, because cultural cognition determines what sorts of information individuals find reliable, culturally polarized beliefs of this sort stubbornly persist in the face of scientific advances in understanding”.

tipos de razonamientos que llevan a tomar una posición frente a la argumentación de las partes y cómo esta influye en la apreciación de la evidencia⁶.

Sobre los efectos que produce la cognición cultural, Douglas y Wildavsky sostienen que los intereses y los valores culturales de las personas afectan a la percepción de los individuos frente a ciertos temas, actividades y situaciones. Esta influencia se denomina “sesgo de confirmación o asimilación”⁷ (*biased assimilation*) y consiste en la tendencia de las personas a condicionar la aceptación de nueva información como confiable, basándose en la conformidad que tengan con sus creencias preexistentes. Dentro de este prejuicio que se crea en el ámbito de la cognición cultural también se genera un “realismo ingenuo”⁸, entendido como una disposición que poseen los individuos a considerar las creencias que predominan dentro de su grupo cultural como verdades objetivas, desestimando o evaluando prejuiciosamente aquellas afirmaciones pertenecientes a un grupo de intereses opuestos.

Habiendo determinado la existencia de prejuicios en la evaluación de argumentos derivados del fenómeno de la cognición cultural, es necesario plantear brevemente si existen mecanismos para que tanto el lector como el autor no se vean influenciado por dichos prejuicios en la lectura y la redacción del presente artículo, respectivamente. Para ello, se intentará utilizar una herramienta que contrarreste los efectos de la cognición cultural: “la identidad de afirmación” (*identity affirmation*). Esta supone que cuando los individuos reciben información sobre una cuestión, de tal manera que afirmen sus valores, y no de una forma denigrante hacia sus creencias preexistentes, se reduce la resistencia frente a aquello que se les presenta. Es así que las formas discursivas, así como los contenidos de las políticas que se estén analizando, deben ser lo suficientemente amplios para lograr un efecto inclusivo y de identificación hacia los diversos grupos que puedan analizar dichos contenidos.

Para este artículo se buscará mantener un debate lo suficientemente rico, más allá de que se concluya tomando una posición frente a la objeción de conciencia, con el fin de evitar los prejuicios derivados de la cognición cultural y así poder sentar algunas pautas claras para la regulación de este derecho en el ámbito de la salud. Frente a este tipo de

⁶Dan M. Kahan, “Law of Cognition and the Cognition of Law”, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515068 (consultado por última vez el 28 de junio de 2017).

⁷Kahan, “Law of Cognition and the Cognition of Law”, 163.

⁸Kahan, “Law of Cognition and the Cognition of Law”, 164.

temas no existe posibilidad de ser imparcial, pero eso no es lo que se ha buscado evitar al realizar un breve resumen sobre la cognición cultural, sino que la importancia de este tema radica en que el lector sepa de antemano que podrá verse influenciado por este fenómeno, aun cuando el autor procure utilizar una forma discursiva basada en las reglas de la “identidad de afirmación” para evitar este fenómeno desde su lugar.

II. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Conforme a lo vertido en la introducción, la objeción de conciencia puede definirse como el incumplimiento de un deber legal por parte de una persona, quien justifica su negativa en razones morales, religiosas o cualquier otra de índole estrictamente personal. De acuerdo con lo sostenido por Joaquín Brage Camazano⁹, la objeción de conciencia implica cuatro componentes para su configuración, a saber: la preexistencia de un deber legal, la existencia de razones que impidan a la persona actuar conforme a dicho deber, la decisión de incumplir y por último, la situación de hecho de hacer efectiva su objeción. Respecto a este último punto, el autor sostiene que el reconocimiento legal de la posibilidad de incumplimiento no caracteriza a este instituto, ya que la existencia de sanciones frente al accionar del individuo depende de las normas previstas por el Estado. En este sentido, una persona puede invocar su derecho a la objeción de conciencia aun en los casos en los que exista una prohibición expresa a hacerlo; las sanciones correspondientes dependerán, así, de los criterios judiciales, de acuerdo con las costumbres del sistema jurídico del que se trate, ya sea aplicando la ley o estableciendo directivas jurisprudenciales que eviten o hagan efectiva la punibilidad propia del incumplimiento de una obligación para el caso en particular.

Cabe distinguir la objeción de conciencia de las “opciones” de conciencia. En este último tipo de instituto jurídico, la ley prevé distintos caminos a seguir por parte del individuo para el cumplimiento del deber legal. Así, se brindan, como su nombre indica, opciones para que la persona elija la forma en que, respetando sus creencias morales, se acate el deber en cuestión. Es importante destacar que la objeción de conciencia, la

⁹ Joaquín Brage Camazano, “Breves reflexiones sobre una posible regulación global por ley de las ‘opciones de conciencia’”, en *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, coord. María J. Roca (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 101-124.

posibilidad de incumplimiento, puede formar parte de las opciones frente al mandato de la norma; pero esto no es un requisito fundamental en este tipo legal.

A. Los deberes legales y la objeción de conciencia

En base a lo anterior, es necesario que exista un deber legal para que el individuo pueda incumplirlo. Carl Cohen¹⁰ sostiene que el análisis a realizar frente a las normativas que prevén la objeción de conciencia debe hacerse en un plano subjetivo y no en el objetivo, ya que, como se desprende por definición de este derecho, al estar incumpliendo una norma el individuo siempre estará errado objetivamente frente a los criterios legislativos que dieron origen a dicha norma. A su vez, Cohen argumenta que no es de importancia si la creencia de la persona es errónea o no, solo es necesario que medie honestidad que haga que la objeción sea conforme con aquellas creencias que la persona tenga. Para el autor, cuando un hombre realiza una acción en la que no cree, u omite hacer algo coherente a lo que cree, no podría resguardarse en este derecho ya que sería una actitud hipócrita de su parte.

Dicho esto, es necesario analizar qué es necesario para la existencia de una obligación hacia el objetor, cuyos valores morales no coinciden con el mandato legal. Para ello se debe separar la cuestión en dos partes: la primera, cuándo existe una obligación legal como tal en el plano objetivo; y la segunda, si la aplicación al caso subjetivo puede provocar la inexistencia de una obligación para la situación en particular.

En el primer plano es importante diferenciar cuándo algo es legalmente obligatorio desde la perspectiva de dos teorías del derecho: el derecho positivo y el derecho natural. El derecho positivo puede definirse como todo derecho escrito dispuesto por los órganos estatales de una soberanía. En este sentido, algo es legalmente obligatorio cuando la ley escrita lo exige. En el plano de la teoría del derecho natural el análisis para tratar la cuestión se tomará como punto de partida la siguiente idea que se relaciona con el iusnaturalismo: *la ley injusta no es ley*, en cuanto a su obligatoriedad de cumplimiento.

El derecho natural puede definirse como “el conjunto de principios de razonabilidad práctica en el ordenamiento de la vida humana y las comunidades humanas”¹¹. De

¹⁰Carl Cohen, “Conscientious Objection”, disponible en <http://www.jstor.org/stable/2379480> (consultado por última vez el 3 de julio de 2017).

¹¹John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 280. (Traducción propia): “the set of principles of practical reasonableness in ordering human life and human community”.

acuerdo a John Finnis, lo “legalmente obligatorio” desde la perspectiva del derecho natural tiene dos sentidos importantes: uno legal y uno moral.

El primero puede resumirse de la siguiente forma¹²: se debe realizar aquello que la norma manda en los casos en los que es obligatoria por estar así dispuesto en la ley, ya que la ley es la forma primera de lograr el bien común. Por su parte, el segundo el sentido moral agrega una reconsideración por parte del ciudadano a lo dicho anteriormente, al no tratar a la ley como un marco dado de principios y adicionar un criterio moral de evaluación de qué es necesario para buscar el bien común.

Entendido así los dos aspectos de lo legalmente obligatorio y el papel que ambos cumplen de manera interrelacionada en la evaluación y búsqueda del bien común, es importante retomar la idea de que *ley injusta no es ley* y así continuar con el razonamiento lógico del tema. De acuerdo a lo sostenido por John Finnis, la ley es injusta en cuatro casos generales: cuando la autoridad que la dicta busca un interés distinto al bien común, cuando se ha legislado sin la potestad y competencia correspondiente para hacerlo, cuando no existe igualdad de oportunidades para los ciudadanos de conocer las normas y así cumplirlas y, por último, cuando ciertos individuos gozan de prerrogativas que otros no tengan y que corresponden a todos los ciudadanos por igual.

Dicho lo anterior debemos preguntarnos cuál sería el efecto de una injusticia en la obligación y si esto produce cambios en la obediencia hacia esta. En algunos sistemas legales, cuando una norma es considerada injusta conforme a los principios que rigen dichos sistemas, existen procedimientos para que sea declarada inaplicable, ya sea en general o en casos particulares. Un ejemplo de esto es el control de constitucionalidad existente en Argentina, en el que una norma puede ser declarada nula en un caso particular si es contraria a las disposiciones vertidas en la Carta Magna.

Pero el anterior es el caso en el que se ha predeterminado una lista de principios que rigen un sistema legal. Hay otras ocasiones en las que no se prevé un mecanismo para solicitar la declaración de injusticia de una norma, o que tampoco existe dentro del cuerpo legislativo vigente el principio invocado con el que esta última colisiona. En estos casos, en el sentido moral de lo que es legalmente obligatorio, una persona tiene la potestad de desestimar aquellas leyes que se ven afectadas por alguno de los tipos de injusticia antes

¹²Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 316.

nombrados¹³. Esto se debe a que la norma injusta carece de la autoridad propia que la hace obligatoria, por afectar de algún modo el bienestar social. Y no solo constituye una potestad del individuo, ya que aún en las sociedades democráticas “sus miembros [tienen el] (...) deber de confrontar con su propia conciencia todas aquellas normas que le atañen a su dignidad en cuanto persona”¹⁴.

Como consecuencia de lo explicado previamente, podemos ampliar el postulado *ley injusta no es ley*, agregando que también *carece de autoridad para sujetar a un individuo al cumplimiento de una obligación*. Esto debe comprenderse en el sentido moral anteriormente expuesto, ya que en el sentido meramente legal la norma puede ser obligatoria. A su vez, se puede ampliar aún más lo anterior si incluimos lo sostenido por Cohen. Si se debe tener en cuenta la subjetividad que debe existir en la concepción de un ciudadano de que un acto es moralmente injusto, cabría decir que aquella norma a la que existe oposición no sería legalmente obligatoria para él en su sentido moral.

En conclusión, el postulado “ley injusta no es ley” implica¹⁵:

- (i) que algunos contenidos de sentido normativo tienen para ciertas comunidades el estatus (...) de ley, (ii) que esa ley es injusta (un juicio crítico de razonabilidad práctica, ya sea correcto o incorrecto), y (iii) que la obediencia a esa ley (...) no está justificada o no es requerida por el principio derivativo y rebatible de razonabilidad práctica de que las leyes imponen obligaciones morales

Lo anterior nos lleva a considerar bajo qué concepción debemos comprender la potestad de los ciudadanos de evaluar si una norma es injusta moralmente. Si relacionamos los argumentos del iusnaturalismo con la definición dada de objeción de conciencia veremos que esta teoría del derecho puede ser utilizada como herramienta para cuestionar la obediencia a la ley. Como se ha dicho anteriormente, los sistemas legales prevén medios para cuestionar la conformidad de las leyes frente a casos en particular, pero en lo que buscamos centrarnos aquí es en la posibilidad de cuestionar la obediencia desde un plano moral que puede o no estar incluido entre los principios vertidos en un cuerpo legal como lo es una constitución. Además, desde el razonamiento realizado podemos ver que la aplicación de la objeción de conciencia es la apropiada para estos casos, ya que no se discute que una norma es legalmente obligatoria desde el punto de

¹³ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 360.

¹⁴ María Roca, “Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia”, en *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, coord. María J. Roca (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 63-64.

¹⁵ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 365.

vista legal, entendido de la forma en que se ha explicado, sino que el cuestionamiento proviene desde el plano de las creencias morales, que es el fundamento de este derecho.

Existiendo, así, la objeción de conciencia como la forma por excelencia de cuestionamiento moral hacia la justicia y obligatoriedad de una norma, es preciso comprender su importancia para el ordenamiento de una comunidad. Toda sociedad requiere para su orden un sistema legal que contemple derechos y obligaciones hacia los ciudadanos, así como sanciones en caso de incumplimiento. A su vez, las comunidades están formadas por una gran diversidad de personas que pueden o no poseer los mismos valores. La objeción de conciencia solo puede existir en aquellos casos donde existan individuos o grupos cuya opinión, religión, ética o cultura sean minoritarios o distintos al común de la sociedad donde se encuentren. Si los valores fueran homogéneos no existiría este derecho, ya que no podría existir una norma que contraríe las creencias generales por ser esta dictada por los mismos ciudadanos, ya sea de forma directa o a través de representantes (por ejemplo, el poder legislativo). Pero es la diversidad la que da origen a este derecho, y la apreciación por el valor de la diferencia de opiniones la que le da sustento. Cohen sostiene que, la diversidad “no solo añade riqueza e interés a la vida de toda la sociedad, sino que también puede ser esencial para la vida de la comunidad a lo largo del tiempo”¹⁶. Es que su papel es permitir la adaptación a los constantes cambios que se producen en el entorno, y la “preservación de un rango amplio de esquemas morales dentro de la comunidad es una forma inteligente y humana de seguro de vida político”¹⁷. Además, protegiendo la objeción de conciencia el Estado cuida del bienestar de sus ciudadanos en los planos individual y general, ya que permite que los sistemas jurídicos se acomoden a la pluralidad social¹⁸. Por ello, el reconocimiento de este derecho no se limita a los grupos minoritarios solamente, ya que en otras oportunidades, quienes en principio son mayoría podrían encontrarse en una situación en la que requieran del ejercicio de la objeción de conciencia. Así, estamos frente a una “válvula de presión legal, que ha sido creada deliberadamente para aliviar la tensión generada entre las convicciones morales profundamente arraigadas y las demandas de la ley, cuando dicha tensión se hace

¹⁶Cohen, “Conscientious Objection”, 270.

¹⁷Cohen, “Conscientious Objection”, 270.

¹⁸Zoila Combalia, “La necesidad de flexibilización del derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, coord. María J. Roca (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 69.

extrema”¹⁹. Y tal es la importancia de la objeción de conciencia fundada en la moral que el derecho debe colocarse al servicio de esta última para garantizar la autonomía y la diversidad de los ciudadanos. Al respecto, María Roca sostiene que

La relación entre Derecho y Moral se realiza a través de la persona, y, por tanto, el Derecho que aspire a ser algo distinto que la mera imposición del poder político por la fuerza coercitiva, deberá hacer posible la autonomía de la persona, de la cual el legislador no es el intérprete exclusivo, nadie puede sustituir al sujeto en el juicio de su conciencia²⁰.

B. La objeción de conciencia, la libertad y la dignidad humana

Tal como se ha introducido en el apartado anterior, este derecho tiene el rol de garantizar la autonomía de los ciudadanos y proteger la diversidad de la comunidad. A su vez, en aquellos sistemas jurídicos donde se reconocen la libertad de culto, la de empresa, entre otras, como derechos –por ejemplo, en la Constitución Nacional de la República Argentina–, la objeción de conciencia las resguarda, ya que dichas libertades hacen a la dignidad de la persona como tal. Esto se debe a que

La libertad y la dignidad humanas son de algún modo indivisibles. Por ello, quien ejerce la objeción de conciencia, de alguna manera está potenciando la libertad de los demás, aunque otros no la ejerciten. Porque no se puede querer la libertad sólo para sí mismo. Igualmente, si un sujeto ejerce una determinada práctica o conducta que degrada la dignidad humana (...), el hecho de que medie consentimiento del sujeto titular de la dignidad, no llega a evitar totalmente que se produzca lesión de la dignidad humana propia y ajena. De ahí que haya unos límites que son indisponibles tanto para el sujeto titular de la dignidad humana como para los poderes públicos. Si estos límites se traspasaran, la dignidad humana dejaría de ser de modo efectivo el fundamento último del orden político y social. En los supuestos en los que el poder público ha traspasado esos límites, la objeción de conciencia constituye una llamada de atención sobre la necesidad del reconocimiento de esa dignidad.²¹

El ejercicio de la libertad es la máxima expresión de la autonomía de las personas y no debe ser restringido abusivamente por parte del Estado. Es así que se ha contemplado la objeción de conciencia en distintos sistemas jurídicos, ya sea a través de la jurisprudencia o de leyes, como la forma de preservar esa libertad.

¹⁹Cohen, “Conscientious Objection”, 269.

²⁰Roca, “Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia”, 44.

²¹Roca, “Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia”, 64.

C. La objeción de conciencia en la jurisprudencia argentina

La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina ha tenido la labor de reconocer jurisprudencialmente la existencia de la objeción de conciencia. Diversos fallos del Tribunal han tenido como objeto el ejercicio de este derecho; a continuación se realizará un recorrido breve por aquellos puntos doctrinales de mayor importancia para este artículo.

El fallo “Agüero Carlos Antonio c./ Universidad Nacional de Córdoba s./ entrega de diploma”, del año 1949, puede considerarse como el primer caso en el que se evalúa la naturaleza de la libertad de conciencia y su impacto en el cumplimiento de obligaciones que la afecten a esta. En la sentencia, la Corte Suprema sostiene que “dicha libertad consiste en no ser obligado a un acto prohibido por la propia conciencia, sea que la prohibición obedezca a creencias religiosas o a convicciones morales”²². Además agrega que para no ser obligado a realizar un acto es necesario que este “violente la conciencia”²³.

En 1982, la Corte Suprema se pronunció sobre el caso “Recurso de hecho deducido por Fernando Gabriel Lopardo en la causa Lopardo, Fernando Gabriel s/ insubordinación”, en el que el demandante solicitaba es que se lo eximiera de la obligación de prestar el servicio militar. Aquí, el Tribunal Supremo negó dicha exención al considerar que el mandato de “armarse en defensa de la Patria” (art. 21 CN) es de orden público, y “la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público, del bien común de la sociedad toda y en la protección de la existencia y de los legítimos derechos de la nación misma”²⁴. Además, sostuvo que “los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamenten razonablemente su ejercicio”²⁵.

En la sentencia sobre el caso “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Santa Coloma, Luis Federico y otros c/ E.F.A.”, la Corte Suprema realiza una aclaración que, sin ser específicamente sobre la objeción de conciencia, sirve para comprender la potestad de los jueces en el análisis de la moralidad de los individuos. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial había reducido el monto de los daños y perjuicios solicitados por los demandantes al desestimar parte de los daños materiales

²² CSJN, “Agüero”, 1949, *Fallos* 214:139, considerando 8°.

²³ CSJN, “Agüero”, 1949, *Fallos* 214:139, considerando 10°.

²⁴ CSJN, “Lopardo”, 1982, *Fallos* 304:1524, considerando 7°.

²⁵ CSJN, “Lopardo”, 1982, *Fallos* 304:1524, considerando 6°.

provocados por la muerte de sus hijas en un accidente, y al sostener que el dolor de la pérdida de un ser querido no podía ser reparado económicamente. La Corte, por su parte, sostuvo que la apreciación realizada por la Cámara obligaba a los demandantes a asumir el dolor de manera heroica al “soportar calladamente la pérdida de sus tres hijas”²⁶, lo que constituía un acto “que no puede ser impuesto a lo demás, sino solo libremente escogido por ellos”²⁷. Así, también expresó que

no cabe que los jueces se guíen, al determinar el derecho, por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues, como lo señala Cardozo, “los jueces deben dar vigor con sus creencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta” (...). En efecto, la decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la Constitución Nacional²⁸

Por su parte, en la causa “Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531” del año 1989, la Corte Suprema se pronuncia a favor de la objeción de conciencia frente a un ciudadano que solicitaba exceptuarse el servicio militar por ir en contra de sus valores religiosos, al reconocer a la libertad de conciencia como un derecho autónomo y no como una derivación de la libertad de culto²⁹. El Tribunal también sostuvo que no es labor de la Corte analizar la prohibición religiosa sobre la que se funda el reclamo del demandante, ya que esto se encuentra fuera de su competencia y que para que pueda ejercerse este derecho se debe probar que la obligación legal “le causaría un serio conflicto de conciencia”³⁰, y que el individuo debe invocar sus motivos “con sinceridad”³¹.

En el caso “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, el demandante solicitaba que se evitara todo tipo de tratamiento médico hacia su persona que involucrara transfusiones sanguíneas, por ser estas perjudiciales frente al culto que profesaba. Pese a que la mayoría de la Corte desestimó el caso por encontrarse el paciente ya fuera de peligro, los ministros Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi resolvieron, en disidencia, sobre la cuestión de fondo. Por un lado, Cavagna Martínez y Boggiano sostuvieron que

la libertad religiosa es un derecho natural e inviolable de la persona humana, en virtud del cual en materia de religión nadie puede ser

²⁶ CSJN, “Santa Coloma”, 1986, *Fallos* 308:1160, considerando 8°, segundo párrafo.

²⁷ CSJN, “Santa Coloma”, 1986, *Fallos* 308:1160, considerando 8°, segundo párrafo.

²⁸ CSJN, “Santa Coloma”, 1986, *Fallos* 308:1160, considerando 8°, primer párrafo.

²⁹ CSJN, “Portillo”, 1989, *Fallos* 312:496, considerando 9°.

³⁰ CSJN, “Portillo”, 1989, *Fallos* 312:496, considerando 12°.

³¹ CSJN, “Portillo”, 1989, *Fallos* 312:496, considerando 13°, segundo párrafo.

obligado a obrar contra su conciencia ni impedido de actuar conforme a ella, tanto en privado como en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos³²

Así, con fundamento en el derecho a la libertad de culto, se muestra que la ley no puede obligar a actuar a un individuo en contra de su conciencia, tanto en el ámbito de su vida privada como en el ámbito público. Por otro lado, Belluscio y Petracchi resolvieron que

el artículo 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros³³

y luego agregan que “tal principio resulta de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidas, precisamente, las creencias religiosas”³⁴.

En el caso “Asociación de Testigos de Jehová c/Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad” la demandante solicitó la inconstitucionalidad de la Resolución 100/95 dictada por el Gobierno de la Provincia de Neuquén que establecía la obligación de los docentes a respetar los símbolos patrios, lo que originaba un perjuicio en base a sus creencias y solicitaba que los fieles de ese credo fueran eximidos de dicha obligación. La Corte Suprema, en su mayoría, desestimó el reclamo por considerar que no existía un caso propiamente dicho, ya que no había una situación concreta donde se solicitara la declaración de inconstitucionalidad de la norma, a la vez que la Resolución bajo análisis no había sido publicada correctamente, lo que no la hacía obligatoria. Por su parte, en disidencia, Highton de Nolasco sostuvo que

la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común³⁵

³²CSJN, “Bahamondez”, 1993, *Fallos* 316:479, considerando 9° de la Disidencia de los señores Cavagna Martínez y Boggiano.

³³CSJN, “Bahamondez”, 1993, *Fallos* 316:479, considerando 8° de la Disidencia de los señores Belluscio y Petracchi.

³⁴CSJN, “Bahamondez”, 1993, *Fallos* 316:479, considerando 9° de la Disidencia de los señores Belluscio y Petracchi.

³⁵CSJN, “Asociación de Testigos de Jehová”, 2005, *Fallos* 328:2966, considerando 13° de la Disidencia de la señora Highton de Nolasco.

En consonancia con ello, la jueza aclaró que la objeción de conciencia no conlleva desestimar los deberes de los ciudadanos para con la comunidad, sino que estos siguen siendo un imperativo exigible por el Estado³⁶. Deberá analizarse cuánto podría afectar al bien común el incumplimiento en cada caso en particular para entender la extensión que debe tener la pretensión del individuo.

Por último, y en circunstancias muy similares al fallo “Bahamondez”, encontramos la causa “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”³⁷. En este caso del año 2012, el señor Pablo Jorge Albarracini Ottonelli había realizado una declaración bajo instrumento público de que, en caso de que no estuviera consciente y fuese necesario realizarle tratamientos médicos, se oponía al uso de transfusiones sanguíneas en su cuidado de salud. Su padre, el demandante, solicitaba que se procediera contra la voluntad de su hijo, que se encontraba sin posibilidad de expresar su voluntad, y se le realizaran las transfusiones sanguíneas que fueran necesarias para salvar su vida. La Corte Suprema, trayendo a colación y haciendo suyos los argumentos antes explicados de las disidencias de los fallos “Bahamondez” y “Asociación de Testigos de Jehová”, resolvió que se debía respetar el derecho de libertad de culto y autonomía del paciente, ya que había expresado su voluntad oportunamente a través del instrumento público.

III. LA OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y EL ABORTO NO PUNIBLE

Habiendo sentado las bases sobre cuáles son los fundamentos esenciales de la objeción de conciencia en general, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y al derecho natural, es propicio avanzar en el estudio de este derecho en el ámbito de los abortos no punibles. Cabe destacar que la inclusión de este análisis dentro del concepto “salud reproductiva” depende de ideas ético-filosóficas y no de fundamentos médicos, como sostiene Robert P. George³⁸, por lo que pueden existir diversas discrepancias en este punto de acuerdo a los autores que se estudien sobre el tema.

³⁶CSJN, “Asociación de Testigos de Jehová”, 2005, *Fallos* 328:2966, considerando 18° de la Disidencia de la señora Highton de Nolasco.

³⁷CSJN, “Albarracini Nieves”, 2012, *Fallos* 335:799.

³⁸George, “Conscience and Its Enemies”.

La objeción de conciencia frente al aborto no punible es trascendente debido a los derechos que se encuentran en juego en esta situación. Por un lado, el médico objetor goza de libertad de culto, de conciencia, de empresa, entre otros. Por otro lado, también podría sostenerse que está en juego la integridad de la mujer a la que no se le realiza el procedimiento abortivo, que comprendería su salud física, psíquica y espiritual. Al respecto, Marcelo Alegre sostiene que se pone “en riesgo la vida, la salud, la integridad física o la autonomía de las personas”³⁹. Es así que nos encontramos frente a un campo en el que habría una colisión entre los derechos de diversos individuos, lo que requeriría un análisis que permita dilucidar cuáles deberían prevalecer ante otros.

De la forma anterior es como se ha estudiado tradicionalmente el derecho a la objeción de conciencia. Pero este enfoque de colisión entre derechos no es el que se quiere proponer en este artículo. Si tenemos en cuenta el concepto de “identidad de afirmación” del que se ha hablado en el capítulo introductorio, debería realizarse un análisis que busque, sin menoscabar los intereses de las diversas partes, una solución que satisfaga o sea conforme a la visión cultural de las distintas posiciones a adoptar sobre la cuestión. Para ello es necesario comprender primeramente cuáles serían estas posiciones.

Marcelo Alegre las separa en dos grupos generales, a la vez que, desde su posición restrictiva de la objeción de conciencia, propone una tercera basada en lo que sostiene son criterios de igualdad⁴⁰. En primer lugar, la posición “libertarista” sostiene que la objeción de conciencia no tiene límites, aun en el campo médico donde puede llegar a afectarse la salud y la integridad de terceros, como se ha mencionado anteriormente. El fundamento principal de esta perspectiva se da por la búsqueda de primacía de la libertad del hombre por sobre los mandatos estatales. Es así que si un médico se negara a realizar un aborto no punible no debería tener consecuencia alguna, así como tampoco obligación de remitir el paciente a otro profesional no objetor.

En segundo lugar, el “modelo conciliatorio” busca la limitación de la obligación de conciencia al sostener que, pese a que se acepta la negativa a realizar un procedimiento, el médico que incumple debe colocar a alguien en su lugar para que se lleve a cabo el tratamiento. Es así que solo se podrá ejercer una objeción cuando exista la posibilidad de

³⁹Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 17.

⁴⁰Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 20-25.

derivar la intervención a otro profesional. Este modelo es cuestionado por limitar la autonomía de la voluntad de los médicos, así como también por implicar una derivación que no provoca un desprendimiento de la responsabilidad moral frente al acto que se busca incumplir. Esto se debe a que aquella persona que realiza la derivación ha facilitado de alguna forma la realización del procedimiento, por lo que puede considerarse a sí misma como un partícipe necesario frente a ese acto.

En tercer y último lugar, la posición tomada por Marcelo Alegre implica la imposibilidad de ejercer el derecho a la objeción de conciencia en la mayoría de los casos, con algunas excepciones menores. Así, el autor sostiene que primero es necesario garantizar un acceso universal a las prestaciones de salud sexual y reproductiva, y sobre esta base establecer una serie de normas que determinen paso a paso un ejercicio limitado de la objeción. Al mismo tiempo, reconoce que en la práctica, debido a la realidad de nuestro país, la garantía del acceso a la salud primaria casi en todos los casos por sobre la autonomía de la voluntad de los médicos, ya sea por razones como la falta de personal en hospitales públicos y privados, como la realidad que existiría en regiones del país donde ya de por sí el servicio médico sería deficiente.

Sin realizar un análisis crítico a lo sostenido por este autor, ya que se hará posteriormente en este artículo, es importante destacar que las posiciones descriptas tienen su fundamento en el marco del conflicto entre derechos. Primero, la posición “libertarista” haría primar la autonomía y las libertades del objetor de conciencia por sobre la mujer; aunque modificando el punto de enfoque sobre el tema podría no ser así. Esto se debe a que si se piensa en el Estado como el último garante de los derechos, es él quien debe prever solamente los medios para garantizar su ejercicio, a la vez que es él el único responsable por el incumplimiento de dicha garantía. Así, no habría un conflicto entre los derechos de dos individuos, sino solamente entre el Estado y aquellos individuos que no pueden acceder a los procedimientos que se encontrarían garantizados por aquél.

En los casos del “modelo conciliatorio” y la posición propuesta por Marcelo Alegre, no podría encontrarse un campo en donde no se hable de colisión de derechos e intereses. Esto se debe a que el primero se funda en la idea de que el tratamiento se debe realizar porque existe un derecho a ello, el que se estaría oponiendo a la objeción del médico, al menos en forma parcial, debido a la participación indirecta que tiene este último a derivar a otro profesional, o a la participación directa en los casos en los que no exista otro

individuo que pueda realizarlo; en este último se evidencia notablemente que se ha considerado superior el interés del paciente por sobre el del médico. Por su parte, en la posición del autor existe una clara alusión a la existencia de derechos por parte de las mujeres y de cómo se debe limitar la objeción de conciencia para que estos se respeten.

Es así que, puede concluirse que la posición “libertarista” es la que más podría satisfacer los criterios de “identidad de afirmación”, ya que por medio de ella podrían garantizarse de manera más completa los intereses de las partes afectadas en el campo de los abortos no punibles, tanto los médicos como aquellas personas que reclaman el ejercicio de un procedimiento abortivo en los casos de no punibilidad.

A. Breve paréntesis: la existencia del derecho al aborto en Argentina

Como se ha dicho anteriormente, para que medie la objeción de conciencia es necesaria la existencia de una obligación legal de realizar un acto. Aun bajo la posición “libertarista”, desde el enfoque de inexistencia de conflicto de derechos de dos individuos, es fundamental que el Estado haya previsto una obligación hacia el médico para que este pueda negarse a realizarla. Como nos encontramos frente a la idea de “aborto no punible”, se analizará brevemente qué implica la no punibilidad de un acto, si esto conlleva la existencia de un derecho y, por último, si en Argentina puede sostenerse el “derecho al aborto no punible” o el “derecho a los abortos permitidos por la ley”. Cabe destacarse que la existencia de un derecho al aborto requiere de un análisis mucho más profundo de aquél que se hará aquí; solo se busca ilustrar la problemática por su relación con el tema de este artículo.

Wesley Newcomb Hohfeld⁴¹ sostuvo que los términos en la práctica judicial gozan de especificidad y no pueden intercambiarse libremente unos por otros, ya que esto conlleva una confusión en sus significados. Específicamente, analizó los conceptos de “derecho” (right), “privilegio” (privilege), “poder legal” (power), “inmunidad” (immunity), “deber” (duty), “inhabilidad legal” (disability) y “responsabilidad” (liability). Debido a que no todos los anteriores son pertinentes en el análisis a realizar en

⁴¹Wesley Newcomb Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, disponible en <http://www.hiit.fi/files/ns/Herkko/SOME%20FUNDAMENTAL%20LEGAL%20CONCEPTIONS%20AS%20APPLIED%20IN%20JUDICIAL%20REASONING.pdf> (consultado por última vez el 30 de mayo de 2016).

este artículo, se enfocará la cuestión en las concepciones de “derecho”, “deber”, “inmunidad”, “inhabilidad legal” y “responsabilidad”.

El sentido estricto de “derecho” puede hallarse al comprender la correlación que existe entre este y los “deberes”. Estos últimos pueden definirse, valga la redundancia, como “aquello que uno debe o no debe hacer”⁴². Hohfeld sostiene que “cuando un derecho es invadido, un deber es violado”⁴³. Esta correlatividad entre uno y otro es la que demuestra cuándo nos encontramos fehacientemente frente a un “derecho”.

Por su parte, la “inmunidad” puede describirse como la “libertad frente al poder legal o ‘control’ de otro dentro de una relación legal”. La “no punibilidad” se encuentra dentro de la esfera de la “inmunidad”, ya que implica la exención de una pena frente al control estatal cuando se ha realizado una conducta no permitida. Esto se ve aún más al tener en cuenta que la “responsabilidad”, el concepto opuesto a “inmunidad”, es la “condición en la que un individuo es colocado después de un incumplimiento contractual, o de la violación de alguna obligación que recaía sobre él”⁴⁴. A su vez, dicha condición puede dar origen a un “deber”. Lo anterior puede ilustrarse con el siguiente ejemplo: si una persona comete un homicidio, es “responsable” frente a la ley por incumplir la obligación legal de no matar, y en ella se crea el “deber” u obligación adicional de cumplir con la pena prevista para esos casos de acuerdo al Código Penal. En contraposición, la “inmunidad” previene dicho estado de “responsabilidad”, por lo que frente a un acto realizado, aunque prohibido, no se dará origen a un “deber”.

Conforme a lo antedicho, podría sostenerse que la no punibilidad es la inmunidad de la que goza un ciudadano frente al poder punitivo del Estado cuando se ha realizado un acto generalmente prohibido por este último. Así, que un hecho sea no punible no conlleva necesariamente la existencia de un derecho, ya que lo único que implica es la inhabilidad legal del Estado para penar. Si habláramos de un derecho, este no debería ser reconocido desde la perspectiva de la inmunidad, ya que esta última no implica un deber correlativo. Si una persona tuviera derecho, por ejemplo, al aborto legal en casos particulares, instantáneamente el Estado, como garante último de los derechos, tendría un deber u obligación correlativos. Así, el paso desde la no punibilidad hacia el derecho no

⁴²Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, 9.

⁴³Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, 9.

⁴⁴Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, 21.

es inmediato, ya que requiere de un reconocimiento expreso de este último por ser conceptos diferentes. Desde este punto de vista teórico, la no punibilidad de algunos casos de aborto, contemplada en el artículo 86 del Código Penal, no conlleva necesariamente la existencia de un derecho al aborto. Al respecto, Juan José Benítez sostiene que

no tenemos derecho de hacer todo lo no prohibido, tan sólo tenemos la libertad de hacerlo, sin que de ello deriven respuestas obligadas por parte del ordenamiento jurídico. Ya que aunque podamos hacer todo aquello que no se nos haya prohibido, ello no implica que estemos en condiciones de esgrimir dicha posibilidad -meramente fáctica- enarbólandola como un derecho⁴⁵

Por su parte, el Lucas Grosman ha sostenido que

la ausencia de castigo penal no necesariamente significa que el Estado deba proteger la conducta frente a interferencias de terceros, y mucho menos que deba facilitar o incluso garantizar su realización; solo significa que la Constitución prohíbe que esa conducta reciba un castigo penal⁴⁶.

A su vez, en un breve análisis sobre la no punibilidad de “la interrupción de un embarazo producto de una violación”⁴⁷, el autor ha dicho que

Frente a esta conducta, podemos pensar que existen, potencialmente, tres formas de protección, de menor a mayor: como primera opción, no castigar penalmente a la mujer; como segunda opción, considerar que la mujer tiene un derecho a realizar esta conducta; como tercera opción, concederle un derecho a acceder efectivamente a esta conducta. En la primera opción, el presupuesto es que la conducta es reprochable e indeseable, pero no lo suficientemente grave como para que la mujer vaya presa. Si así fuera, nada impediría que el Estado persiguiera penalmente, por ejemplo, a los médicos intervinientes. En el otro extremo, en la tercera opción, el presupuesto es que es deseable que la mujer que así lo desea efectivamente pueda interrumpir el embarazo en las circunstancias apuntadas, y por ende el Estado debe proveer los medios -atención médica pública- para que así sea⁴⁸.

Respecto a la segunda opción, el autor sostiene que el reconocimiento del derecho no conlleva que el Estado deba proveer de manera gratuita los tratamientos pertinentes, pero que implicaría al menos la abstención “de sancionar penalmente al médico interviniente y posiblemente también debería regular de forma restrictiva la facultad de

⁴⁵Juan José Benítez, “¿Puede una exigencia de punibilidad dar derechos?”, disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/4289/2012.

⁴⁶Lucas Grosman, “Autonomía y Drogas”: 12: disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1106&context=yls_sela (consultado por última vez el 1 de julio de 2017).

⁴⁷Grosman, “Autonomía y Drogas”, 13.

⁴⁸Grosman, “Autonomía y Drogas”, 13-14.

los médicos de oponer una objeción de conciencia”⁴⁹. Aunque lo enunciado es comprendido como un punto medio entre las opciones antes citadas, la regulación de la objeción de conciencia es una forma activa de garantizar el ejercicio de un derecho por parte del Estado. Es por ello que esta posición que toma el autor debería ser dividida en otras dos: primero, la abstención de penar tanto a la mujer como al médico interviniente, en donde solo habría no punibilidad y no necesariamente el reconocimiento de un derecho; y segundo, donde sí podría hablarse de derecho de la mujer en el caso de inmunidad de ella y del profesional, sumado a una regulación de la objeción de conciencia. De todas maneras, esta última parece relacionarse más con la idea de que el “Estado debe proveer los medios”⁵⁰, la tercera opción del autor, ya que ellos no solo comprenden la atención médica pública, sino también los marcos regulatorios pertinentes para que sea posible el ejercicio de un derecho.

El Código Penal Argentino, en su artículo 86 recepta, en primera instancia, la no punibilidad del aborto en situaciones específicas. Como se ha sostenido, la no punibilidad no requiere en sí misma que deba existir un deber estatal, ya que no se trata de un derecho, sino solamente de una exención de responsabilidad frente a la comisión de un acto en general penado. Más allá del alcance que pueda tener el artículo 86 del Código, ya sea que incluya o no los casos de violación en general, o que se deba interpretar restrictivamente solo a la situación donde se encuentra involucrada una “mujer idiota o demente” –cuestión que no es tema de este artículo–, es pertinente analizar si en Argentina puede hablarse de derecho aborto legal en los casos de no punibilidad, ya no desde una perspectiva meramente legal, sino contemplando ahora la jurisprudencia sobre el tema.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció el trece de marzo de 2012 en el caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, en el que el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut había permitido la realización de una práctica abortiva a una menor que había sido víctima de violación por parte de su padre. La menor no era “idiota o demente”, por lo que se encontraba en tela de juicio si el inciso 2° del artículo 86 del Código Penal incluía el caso en cuestión. Por un lado, la Corte resolvió que dicho caso se encontraba contemplado en la norma. Aunque la sentencia del Tribunal haya tomado un criterio interpretativo amplio sobre el inciso en cuestión, basándose en observaciones y

⁴⁹Grosman, “Autonomía y Drogas”, 14.

⁵⁰Grosman, “Autonomía y Drogas”, 14.

recomendaciones de organismos internacionales, así como en un criterio de no discriminación de las personas sin ningún tipo de déficit mental, lo que se hace realmente pertinente para este artículo es el paso lógico de la argumentación de la Corte que lleva a considerar la no punibilidad como un verdadero derecho al aborto. Y no solo esto, sino que lo hace llegando a la medida de la tercera opción que sostiene Grosman, explicada anteriormente: se reconoce el “derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras”⁵¹.

Por otro lado, el Tribunal sostuvo que en el Código Penal existen “supuestos específicos de despenalización del aborto”⁵² y que la mujer no “puede ni debe ser privada del derecho que le asiste la interrupción del [embarazo] ya que ello, lejos de estar prohibido, está permitido y no resulta punible”⁵³. Además, concluye que se debe facilitar el “ejercicio de un derecho expresamente reconocido por el legislador en el artículo 86, inciso 2º, del Código Penal”⁵⁴ porque estamos frente a un caso de “aborto autorizado por el legislador penal”⁵⁵. En el considerando 25 de la decisión también se hace alusión a la idea de que la despenalización conlleva la autorización y la legalización de la práctica abortiva.

Por último, la Corte, en sus considerandos 29 y subsiguientes, exhorta con cierto tinte legislativo a las autoridades nacionales y provinciales que se regulen protocolos que contemplen los medios para que se haga efectivo el acceso al aborto en los casos contemplados por el Código Penal, y que se disponga de un “adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia”⁵⁶, entre otras cosas. Mucho se ha dicho al respecto del carácter cuasi legislativo de la sentencia del Tribunal en este caso⁵⁷, pero, fuera de ello, la conversión jurisprudencial que llevó a una

⁵¹CSJN, “F.A.L.”, 2012, *Fallos* 335:197, considerando 19º, segundo párrafo.

⁵²CSJN, “F.A.L.”, 2012, *Fallos* 335:197, considerando 19º, tercer párrafo.

⁵³CSJN, “F.A.L.”, 2012, *Fallos* 335:197, considerando 21º.

⁵⁴CSJN, “F.A.L.”, 2012, *Fallos* 335:197, considerando 23º.

⁵⁵CSJN, “F.A.L.”, 2012, *Fallos* 335:197, considerando 24º, segundo párrafo.

⁵⁶CSJN, “F.A.L.”, 2012, *Fallos* 335:197, considerando 29º.

⁵⁷ Sobre el tema, véase María Magdalena Galli Fiant, “Efectos de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de abortos no punibles”, disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/3278/2014; Héctor P. Iribarne, “Un prudente valladar al uso alternativo del derecho por parte de la Corte Suprema de Justicia. Efectos en las provincias y en sede administrativa”, disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/2300/2013; Alberto Rodríguez Varela, “Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto”, disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/47/2013; Úrsula Cristina Basset, “¿Legalizar el aborto?”, disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/5377/2012; entre otros.

norma de no punibilidad a ser considerada un derecho podría ser uno de los aspectos más particulares de esta decisión.

Lo dicho anteriormente corresponde solamente al voto mayoritario de la Corte, mientras que el voto de la Ministra Carmen Argibay no posee este salto lógico que se busca cuestionar. Ella no mencionó, en parte alguna de su voto, un derecho a la interrupción legal del embarazo, a la vez que no sentó criterios que puedan ser tachados por ser de índole más legislativa que judicial. La Ministra sostuvo que este artículo del Código Penal “define la *no punibilidad* del aborto practicado, con su consentimiento, a una mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación”⁵⁸. A su vez, y teniendo en cuenta que para la existencia de un derecho debe existir un reconocimiento expreso como se ha dicho anteriormente.

Cabe destacar que el Ministerio de Salud de la Nación redactó, con posterioridad al fallo “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo” –que en la próxima sección del artículo se analizará con más atención–, en el año 2015. Además, otras jurisdicciones provinciales también lo han hecho. Aquí, como su nombre lo indica, se habla expresamente de un derecho al aborto en los casos de no punibilidad. Este documento, que no ha sido publicado a través de una Resolución Ministerial como lo había sido hecho la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles” en el año 2010, fue redactado conforme a los lineamientos sentados por la Corte Suprema en el caso antes mencionado. Al mediar un reconocimiento expreso de un derecho, podríamos cuestionar si esta es realmente facultad del Ministerio de Salud. Cabe destacar que también se estaría regulando sobre el derecho constitucional a la vida, potestad claramente ajena al ámbito del Poder Ejecutivo. Por otro lado, Pablo Yurman, desde el punto de vista de la competencia ministerial, ha dicho que

hay una cuestión de jerarquía de normas. Una de inferior jerarquía no puede imponerse por sobre otra superior. Y en esto se nota claramente que una norma ministerial no puede de ninguna manera, por vía de reglamentación, modificar una norma de rango superior como sería, en este caso puntual, el Código Penal de la Nación que como tal fue sancionado y sólo puede ser reformado por el Congreso Nacional, única autoridad competente en esa materia. De modo que las guías

⁵⁸CSJN, “F.A.L.”, 2012, *Fallos* 335:197, considerando 14° del Voto de la señora Argibay.

ministeriales incurren en una reglamentación que es inconstitucional (...) porque no son la autoridad competente para realizar dicha labor⁵⁹.

Siguiendo esto, el autor sostiene que las guías y protocolos de interrupción del embarazo son inconstitucionales, lo que llevaría a que las disposiciones que ellas contienen no sean obligatorias. En particular, respecto a la objeción de conciencia en estos casos, argumenta que “como no hay obligación de realizar una conducta que según el derecho es ilícita (cometer aborto), entonces tampoco se puede obligar a nadie a ser objetor en conciencia de algo a lo que no está obligado a realizar”⁶⁰. Y esta falta de un deber de realizar un aborto es correlativa con la falta de un derecho, ya que, como se sostuvo en base a los estudios de Hohfeld, esta correlatividad es necesaria.

En conclusión, más allá de lo argumentado por la Corte Suprema en el caso “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”, podría cuestionarse si realmente existe un derecho al aborto no punible y, por consiguiente, un deber por parte de los médicos de practicarlo. Además, volviendo a la posición “libertarista” y a la teoría de la “identidad de afirmación” antes explicada, si tomáramos como cierta la existencia de un derecho en estos casos, la obligación no recaería sobre los profesionales de la medicina, sino sobre el Estado, quien puede garantizar los medios para el ejercicio de las pretensiones de los ciudadanos. Debido a ello, es necesario analizar la importancia de la objeción de conciencia en este ámbito y recomendar lineamientos para una legislación que contemple estos principios, trabajo que se realizará en las secciones siguientes.

B. El derecho a la objeción de conciencia frente al reconocimiento del derecho al aborto no punible

Si el sistema jurídico argentino reconociera de modo claro e indiscutible un derecho a la interrupción legal del embarazo en los casos contemplados por el Código Penal, entonces existiría una obligación estatal de prestar los medios para la realización de los procedimientos atinentes al ejercicio de ese derecho. A su vez, el Estado debería garantizar las pretensiones de todas las partes que podrían verse involucradas en la situación, a saber, la mujer que desea realizarse el aborto, los médicos que podrían ser

⁵⁹Pablo Yurman, “Aborto y objeción de conciencia”:15: disponible en <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/inmanencia/article/viewFile/4334/4008> (consultado por última vez el 30 de junio de 2017).

⁶⁰Yurman, “Aborto y objeción de conciencia”, 15.

convocados para ello y que tienen conflictos morales, éticos, filosóficos y religiosos que los impedirían actuar conforme a sus creencias, y aquellas personas que indirectamente tienen un papel necesario en la realización de la práctica. Sobre estas últimas es necesario analizar qué extensión debe existir en la protección de sus intereses y si pueden invocar la objeción de conciencia como medio para garantizarla. Por otro lado, al hablar de personas no solo debe circunscribirse el término a la persona humana, sino también a la jurídica, en el ámbito de las objeciones institucionales de conciencia. Como se ha dicho anteriormente, no es propicio presentar este tema como un mero conflicto entre los derechos de los individuos, sino que cambiar el enfoque ayuda a buscar soluciones que sean más beneficiosas para el conjunto general de la sociedad.

Muchos son los aspectos que se encuentran alrededor de la idea de objeción de conciencia en el ámbito médico. Primero, la idea sentada por algunos autores de que existe una incompatibilidad entre la profesión médica y el ser objetor, ya que el ingreso a esta es voluntaria, a diferencia con lo que sucedía con la conscripción obligatoria y el servicio militar⁶¹. Segundo, la utilización de registros de objetores para prever los casos en los que podrían existir conflictos y así asegurar la prestación del tratamiento médico. Tercero, la existencia de un deber de derivar por parte del profesional objetor, o la utilización de un sistema previo que evite dicha derivación y cómo esto se pueden afectar los derechos de los colaboradores o facilitadores de la medicina frente al procedimiento abortivo. Cuarto, el ejercicio de este derecho en los hospitales públicos, y el concepto del médico como oficial público en dicho entorno. Quinto y último, la objeción de conciencia de las instituciones, ya sean confesionales o no. Estos aspectos sirven para guiar el análisis y evaluar cuál sería la mejor solución que garantice un correcto ejercicio de la objeción de conciencia.

C. El médico como objetor de conciencia

La profesión médica en general “enfrenta al médico a situaciones en las cuales entran en conflicto los valores”⁶². Al respecto, la Academia Nacional de Medicina ha sostenido que “cada persona tiene el derecho de construir su propia escala de valores y

⁶¹Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 17-18.

⁶²Academia Nacional de Medicina, “Aborto y objeción de conciencia”: 3: disponible en <http://www.acamedbai.org.ar/pdf/declaraciones/ABORTOYOBJECIONDECONCIENCIA.pdf> (consultado por última vez el 20 de mayo de 2016).

actuar de acuerdo a los mismos, y el derecho moral de oponerse a actuar, en los casos en los que esos actos colisionan con su conciencia”⁶³. En su posición, la Academia sostiene la posibilidad de ser profesional de la medicina y ser objetor al mismo tiempo, al respetarse aquellos valores que el médico posee. Pero este no es un punto sobre el que no exista controversia. Es así que hay posturas que argumentan que “el saber médico es un monopolio al cual se accede de manera voluntaria y que permite acceder a prácticas valoradas socialmente de manera exclusiva”⁶⁴, lo que da origen a un “rol de privilegio” por parte del profesional que no permite una compatibilidad absoluta con la objeción de conciencia. Al respecto, Marcelo Alegre sostiene esta incompatibilidad, y concluye que “la omisión de quien ejerce el poder del que están investidos los profesionales de la salud es equiparable moralmente a una acción, en este caso, una acción de obstrucción al ejercicio del derecho a la salud”⁶⁵. Pero esto no es necesariamente así, ya que el uso de la objeción de conciencia en este campo no tiene como fin impedir que se lleve a cabo una práctica, sino solamente que el profesional no sea quien deba ser parte de ella ni facilitarla. Por otro lado, no todos los campos de la salud podrían contribuir en un procedimiento abortivo, sino que solo algunas especialidades y la profesionalización dentro de cada una de ellas tienen injerencia en el tratamiento pertinente. Los médicos ginecólogos y obstetras son quienes tendrían el conocimiento para poder llevar a cabo una interrupción de un embarazo, pero no necesariamente vean esto como parte de lo que desean hacer en su carrera profesional, sino que han realizado los estudios en estos campos con otros fines, como el cuidado prenatal, las enfermedades femeninas, entre otras. Los profesionales de la salud tienen también un derecho a elegir en qué campos de la medicina quieren trabajar, y ello no es incompatible con la objeción de conciencia en tanto y cuanto se expliciten los campos en los que prestará sus servicios y aquellos en los que no lo hará. Para ello, sería propicio que si se busca garantizar el acceso al aborto existan especializaciones que se destinen expresamente para esos casos⁶⁶. Es por esto que en distintos ámbitos se prevé el

⁶³Academia Nacional de Medicina, “Aborto y objeción de conciencia”, 3.

⁶⁴Comité Hospitalario de Bioética del Nuevo Hospital de Río Cuarto “San Antonio de Padua”, “La objeción de conciencia en el ejercicio de la práctica sanitaria”: 5: disponible en <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/07/Objeci%C3%B3n-de-Conciencia-CHB.San-Antonio-de-Padua.-RIO-IV.pdf> (consultado por última vez el 25 de mayo de 2016).

⁶⁵ Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 18.

⁶⁶Jane Roe, Colin Francome y Maureen Bush, “Recruitment and Training of British Obstetrician-Gynaecologists for Abortion Provision: Conscientious Objection versus Opting out”: 102: disponible en <http://www.jstor.org/stable/3775065> (consultado por última vez el 9 de febrero de 2016).

uso de declaraciones juradas para objetores de conciencia con el fin de “garantizar el cumplimiento del derecho a la atención sanitaria”⁶⁷ de forma organizada.

D. Los sistemas de organización y la potencialidad de discriminación hacia los objetores registrados

El Comité Hospitalario de Bioética del Nuevo Hospital de Río Cuarto “San Antonio de Padua”, luego de realizar un estudio respecto de la objeción de conciencia en su institución, sostuvo que es necesario “normar o protocolizar el ejercicio de los derechos de ambas partes [con el fin de] garantizar una solución previa a la ocurrencia del conflicto. De esta manera se equilibrarían los intereses tanto del objetor como de los pacientes”⁶⁸. Y recomienda

Una manifestación previa y por escrito, donde se expresen y argumenten las razones esenciales, siempre sería conveniente y transparentaría el procedimiento; sobre todo en las manifestaciones dentro de las Instituciones. En este caso y cuando la objeción implique la no prestación, se tomará el recaudo necesario para no limitar la asistencia. Los Comités Hospitalarios de Bioética pueden colaborar en el aspecto formativo de los profesionales de la salud respecto a la objeción de conciencia, fomentando un cuestionamiento ético de las prácticas cotidianas y promoviendo una actitud preventiva de los conflictos emergentes⁶⁹.

La Provincia de Santa Fe posee, desde el año 2010, un Registro de Objetores de Conciencia para el sistema sanitario. Cabe destacar que esta es una norma provincial, pero el análisis de este caso en particular contribuye para comprender cómo debería regularse este derecho. Aquí, se garantiza, por medio de la inscripción al Registro, el derecho de objeción de conciencia, con el límite de 90 días para disponer del “reemplazo del objetor, de modo de garantizar el acceso efectivo y oportuno a las prestaciones requeridas por la población”⁷⁰. Lo que se busca aquí es permitir la organización del personal médico para contar siempre con profesionales que puedan realizar los procedimientos que sean necesarios⁷¹. Por otro lado, en “situaciones atípicas o que merezcan un análisis

⁶⁷Andrea L. Macías y Marcela Olivero (coords.), “Documento sobre la objeción de conciencia en el contexto de la atención de la salud, en la Provincia de Neuquén”: 3; disponible en <http://www.saludneuquen.gob.ar/wp-content/uploads/2014/03/Documento-Objeci%C3%B3n-de-Conciencia.pdf> (consultado por última vez el 10 de febrero de 2016).

⁶⁸Comité Hospitalario de Bioética del Nuevo Hospital de Río Cuarto “San Antonio de Padua”, “La objeción de conciencia en el ejercicio de la práctica sanitaria”, 8.

⁶⁹Comité Hospitalario de Bioética del Nuevo Hospital de Río Cuarto “San Antonio de Padua”, “La objeción de conciencia en el ejercicio de la práctica sanitaria”, 8.

⁷⁰Resolución 843/2010. Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe. Artículo 4°.

⁷¹Resolución 843/2010. Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe. Artículo 5°.

particular”⁷², se permitirá el análisis del caso a los Comités respectivos de Bioética y Docencia e Investigación. En este caso, el Registro es de acceso público, tal como se menciona en la motivación de la Resolución 843/2010 de la Provincia de Santa Fe. Marcelo Alegre se pronuncia a favor de la publicidad del registro⁷³, aunque es necesario analizar qué implicancias podría tener un sistema público y uno privado.

En el primero, cualquier persona que quisiera recibir un tratamiento médico sabría de antemano a dónde dirigirse, lo que disminuiría la necesidad de los médicos de objetar cuando se les presenta una situación conflictiva. En el segundo, el uso de registros privados por parte de hospitales, ya sean estatales o no, evita las posibilidades de estigmatización o discriminación que pueden afectar a los profesionales médicos. El Comité Hospitalario del Hospital “San Antonio de Padua” argumenta en esta dirección, sosteniendo que la objeción de conciencia puede exponer al profesional a una “actitud discriminatoria por parte de la sociedad”⁷⁴. En este mismo orden de ideas, en el análisis realizado por Jane Roe, Colin Francome y Maureen Bush en Gran Bretaña, un país en donde la objeción de conciencia se encuentra contemplada en el Abortion Act de 1967, también demuestra que algunos médicos “han sufrido discriminación por esta razón, y algunos otros mencionaron presión y hostilidad, y no directamente discriminación”⁷⁵. La Provincia del Neuquén en su “Documento sobre la objeción de conciencia en el contexto de la atención de la salud”, elaborado por la Red de Comités de Bioética Asistencial en el mes de octubre del año 2015, se inclina por el registro privado de objetores de conciencia, con fundamento en la Ley Nacional de Protección de Datos Personales⁷⁶. A su vez, prevé que el registro sea de índole institucional para garantizar la organización de los servicios asistenciales.

E. Los sistemas de derivación y el personal que colabora con la prestación de salud

⁷²Resolución 843/2010. Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe. Artículo 6°.

⁷³Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 23.

⁷⁴Comité Hospitalario de Bioética del Nuevo Hospital de Río Cuarto “San Antonio de Padua”, “La objeción de conciencia en el ejercicio de la práctica sanitaria”, 7.

⁷⁵Roe, Francome y Bush, “Recruitment and Training of British Obstetrician-Gynaecologists for Abortion Provision: Conscientious Objection versus Opting out”, 101.

⁷⁶Macías y Olivero, “Documento sobre la objeción de conciencia en el contexto de la atención de la salud, en la Provincia de Neuquén”, 10.

Lo anterior se relaciona con la búsqueda de un sistema que evite la necesidad del profesional de derivar al paciente a otro médico, ya que esto, como se ha dicho anteriormente en el artículo, podría afectar de todas formas su conciencia. En las legislaciones que se prevé este camino como único medio suelen existir conflictos en la prestación del servicio asistencial, lo que ha llevado a diversas críticas de este modelo⁷⁷. Cabe recordar que este sistema es el que propone el “modelo conciliatorio” explicado al comienzo de este capítulo. En base a esto, sería preferible la aplicación de un registro de objetores como los descritos anteriormente. Pero cabría hacer aquí una aclaración en cuanto a las personas que se encuentran en el entorno de los profesionales de la salud, ya que ha habido situaciones en las que ellas han objetado la redacción de una carta de derivación a otro médico⁷⁸. En este punto, en el caso “R. v. Salford Health Authority, ex parte Janaway [1988]” resuelto por la Corte de Apelaciones de Gran Bretaña, sentó un criterio de “proximidad física” que sostuvo que la objeción de conciencia solo protegía al “personal clínico y no clínico involucrado en el ‘trabajo en equipo’ de un procedimiento abortivo (...) en el hospital”⁷⁹. Esta interpretación podría considerarse restrictiva frente al ejercicio de este derecho, pero parecería acertada. Como todos los derechos, la objeción debe ser regulada y no podría implicar que se evite la prestación garantizada por otro derecho extendiendo la primera en forma desmedida. A su vez, ya sea a través de un sistema de derivación o un sistema de registro de objetores, siempre habrá personal administrativo que deberá prever la organización de los profesionales objetores y no objetores, así como también personal de atención al público que tendrá la labor de entregar información sobre los procedimientos que realizan o no los anteriores. Abarcar todos estos individuos podría llevar a un conflicto de derechos, que es lo que se busca prevenir realmente.

F. La objeción de conciencia en los hospitales estatales. El médico como “oficial público”

⁷⁷Por ejemplo, véase, V.L. Lema, “Conscientious Objection and Reproductive Health Service Delivery in Sub-Saharan Africa”, disponible en <http://www.jstor.org/stable/23317028> (consultado por última vez el 9 de febrero de 2016).

⁷⁸Andrew Grubb, “Participating in Abortion and the Conscientious Objector”, disponible en <http://www.jstor.org/stable/4507151> (consultado por última vez el 9 de febrero de 2016).

⁷⁹Grubb, “Participating in Abortion and the Conscientious Objector”, 164. (Traducción propia): “clinical and non-clinical staff involved in the “team effort” of an abortion procedure (...) at the hospital”.

En el caso de la objeción de conciencia en los hospitales públicos, una postura sostiene que “no es aceptable que se nieguen prestaciones de salud en instituciones públicas, lo que implicaría un uso privado del poder estatal, la quintaesencia del abuso de poder”⁸⁰. Aunque los médicos en estos casos son oficiales del Estado, esto no quiere decir que al haber tomado dicho puesto puedan ser privados de un derecho constitucional. Existe otro ámbito en el que se ha tratado esto y que ayuda a comprender el fenómeno de la objeción en la esfera estatal: la negativa de jueces de paz y personal de los Registros Civiles a unir en matrimonio a personas del mismo sexo. Al respecto, Alberto Sánchez introduce el tema al sostener que

está claro que un funcionario de registro civil puede ejercer su derecho a negarse a casar parejas del mismo sexo fundado en la objeción de conciencia, como podría un médico de un hospital público negarse a practicar un aborto o un maestro a enseñar contenidos aberrantes en el aula⁸¹.

En consonancia, Alberto Arias afirma que

Se nos podría decir que la objeción de conciencia no puede alegarse por los Oficiales Públicos porque vulnera los derechos y libertades fundamentales de los demás, pero esta norma limitativa no puede ser nunca operativa, conforme a nuestra legislación interna, y para ser efectiva deberá reglamentarse necesariamente por el Congreso Nacional en una ley especial que establezca la prohibición⁸².

Luego, el mismo autor agrega que no debe generarse un conflicto profundo sobre el tema, ya que la administración estatal

solo debe procurar el objetor de conciencia que sea otra persona física —como subrogante suyo— la que lleve adelante estos actos administrativos nuevos, como lo son en sus días de vacaciones o enfermedad o ausencia legal por cualquier otra situación procedente— asistencia a congresos de derecho o cursos de especialización, por ejemplo —, como también debe ser suplido el Oficial Público cuando el acto jurídico familiar se insta y celebra por un familiar suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad⁸³.

El sistema más propicio para llevar a cabo estas tareas por parte de la administración de los hospitales estatales es la utilización de registros internos de objetores. El hecho de que el médico sea considerado un oficial público no implica que se pueda ignorar su

⁸⁰Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 24.

⁸¹Alberto M. Sánchez, “La objeción de conciencia frente a la unión entre personas del mismo sexo”, disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/5439/2010.

⁸²Alberto J. Arias, “La objeción de conciencia y la inconstitucionalidad de la ley 26.618”, disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/6961/2010.

⁸³Arias, “La objeción de conciencia y la inconstitucionalidad de la ley 26.618”.

derecho a la objeción de conciencia, al mismo tiempo que el ejercicio de este no debe plantearse como un conflicto, sino como una cuestión a tener en cuenta para la organización de las tareas médicas. Cabe destacar aquí que puede cuestionarse esto en base a la concepción de que los recursos económicos del Estado son limitados; pero si se prevé la existencia de reemplazos en los casos de licencia como sostiene Arias, entonces puede preverse también la existencia de objetores –siempre y cuando se observe que, sin juzgar la razonabilidad del motivo de la objeción, la acción a realizar pueda provocar un daño en la conciencia del individuo. Aun cuando la puesta en marcha de un sistema organizacional como el que se menciona consume recursos de tiempo y personal, el Estado es el garante de los derechos y debe buscar los medios para poder garantizar las pretensiones de los ciudadanos.

G. La objeción en las clínicas privadas y la “objeción de conciencia institucional”

En el caso de los hospitales y clínicas privadas, no habría dificultades mayores en cuanto a la objeción de conciencia, ya que se podrían utilizar también registros internos. Para Marcelo Alegre, la postura “libertarista” “es compatible con que las instituciones de salud se nieguen a contratar objetores”⁸⁴. Este argumento es, en una primera aproximación, correcto, ya que las instituciones médicas poseen libertad de contratación. La cuestión aquí es dilucidar si esto no conllevaría una exclusión discriminatoria hacia los objetores. Teniendo en cuenta que el ejercicio de la objeción de conciencia suele ser invocado mayoritariamente por razones de índole religiosa, indirectamente podría llegar a discriminarse en base a un criterio protegido por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos⁸⁵. Este es un asunto que va más allá del tema específico de este artículo, ya que requeriría un análisis puntual de la cuestión que por motivos de brevedad no puede ser incluido aquí. Se puede sostener, de todas formas, que los criterios de empleo podrían tener en cuenta la cantidad de objetores en el plantel médico y así buscar específicamente profesionales no objetores para lograr un balance y garantizar el servicio asistencial. Así, no existiría un criterio discriminatorio contrario a las disposiciones

⁸⁴Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 21.

⁸⁵Estos tratados gozan de jerarquía constitucional de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución de la Nación Argentina. Las previsiones sobre discriminación se encuentran en: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), artículo 1º, inciso 1; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2º.

legales, sino que se estaría buscando un equilibrio de representación de objetores y no objetores en el personal que lleva a cabo la prestación de salud.

Otra cuestión que se relaciona con las instituciones privadas es la posibilidad de invocar lo que se denomina “objeción de conciencia institucional”. Esta ha sido receptada en el sistema legal argentino específicamente en la Ley 25.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. En ella, en su artículo 10°, sin hacer mención expresa al término utilizado aquí, se exceptúa a las instituciones confesionales de la provisión de anticonceptivos al público. En el decreto reglamentario de dicha ley sostiene que “Se respetará el derecho de los objetores de conciencia a ser exceptuados de su participación en el PROGRAMA NACIONAL DE SALUD SEXUAL Y PROCREACION RESPONSABLE previa fundamentación”, es decir, previo aviso a las autoridades sanitarias a través de los registros que se dispongan a tal fin.

La objeción de conciencia institucional, aunque receptada en nuestro sistema legal, ha sido cuestionada, al sostener que “la objeción de conciencia está ligada de manera indisoluble a una mente, a una persona de carne y hueso”⁸⁶. Pero la conciencia en este caso no surge de un ser “de carne y hueso”, sino que surge de las directivas, objetivos y valores que sostiene la organización en sus estatutos y demás documentos pertinentes. Así ha sido reconocido en la jurisprudencia extranjera, principalmente en el caso “Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., 573 U.S.” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y también en nuestro país en el caso “M., C. E. – V., H. G. c. Sanatorio Allende s/amparo” del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 30ª Nominación de Córdoba.

En el caso de la Corte Suprema estadounidense, tres sociedades anónimas cerradas (*closely-held corporations*) realizaron una demanda a la secretaría de salud sosteniendo que la obligación de proveer a sus empleados de la cobertura de métodos anticonceptivos considerados abortivos violaba su libertad religiosa, protegida por la “Religious Freedom Restoration Act of 1993 (RFRA)”. Frente a su negativa de prestar dicha cobertura enfrentaban la posibilidad de ser multados con sumas de US\$1,3 millones diarios o US\$475 millones anuales. La Corte estadounidense reconoció su inclusión dentro de la protección provista por de la norma antes nombrada, así como también, el derecho a que la compañía sea considerada una objetora de conciencia frente al aborto.

⁸⁶Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 24.

Para ello, sostuvo que el medio que utilizó el Congreso para garantizar a las mujeres el acceso a métodos anticonceptivos no era el adecuado, ya que existían otros métodos que no violaban la libertad religiosa de los demandantes. Además, ya existían otras organizaciones religiosas sin fines de lucro que no proveían la cobertura en cuestión, y en estos casos el Departamento de Salud y Servicios Humanitarios (HHS) de EEUU había implementado un sistema que facilitaba la prestación de este servicio. Si la HHS ya consideraba a estas organizaciones sin fines de lucro como “personas” bajo la protección del RFRA, entonces no habría razón alguna para excluir de dicha protección a las organizaciones con fines de lucro como lo eran las demandantes. Por otro lado, como bien detallan María Marta Didier, Esteban José Ignacio Romero y, Nicolás Francisco Parini en su análisis del caso

la Corte aduce que es importante recordar que su propósito es proveer protección a los seres humanos. En efecto, una sociedad es simplemente una forma de organización usada por los seres humanos para alcanzar objetivos. Cuando los derechos, sean constitucionales o legales, son extendidos a las corporaciones, el propósito es proteger los derechos de las personas que las integran. Por ejemplo, proteger a las corporaciones de las expropiaciones sin justa compensación protege a todos aquellos que obtienen un bienestar financiero de la compañía. Y, concluye "proteger el libre ejercicio de la religión de las sociedades como Hobby Lobby, Conestoga y Mardel protege la libertad religiosa de los humanos que son dueños y controlan esas compañías"⁸⁷.

Además, la Corte estadounidense reconoce que no está en su potestad revisar si la creencia de que el acto al que se está obligando a las empresas (la cobertura de anticonceptivos abortivos) es o no razonable, sino que solo importa la convicción por parte de los demandantes de que se estaría facilitando la comisión de un acto inmoral⁸⁸. Por último, considera que, bajo un escrutinio estricto, no habría afectación en el acceso de anticonceptivos por parte de las empleadas de las compañías demandantes, debido a la existencia de un sistema alternativo para organizaciones sin fines de lucro, por lo que no existe limitación alguna en conceder la protección a las empresas, “personas” incluidas dentro de las disposiciones de objeción de conciencia pertenecientes a la RFRA⁸⁹. Así, las mujeres que trabajen en compañías objetoras se incluyen en el sistema previsto por el

⁸⁷María Marta Didier, Esteban J. I. Romero y Nicolás F. Parini, “Objeción de conciencia: Un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/3944/2014.

⁸⁸“Burwell v. Hobby Lobby”, 573 U.S. (2014), sección IV, apartado C.

⁸⁹“Burwell v. Hobby Lobby”, 573 U.S. (2014), sección V, apartado B.

Departamento de Salud y Servicios Humanitarios de EEUU para organizaciones sin fines de lucro, lo que garantiza el acceso a cobertura de anticonceptivos.

Por su parte, en la jurisprudencia argentina, encontramos el caso “M., C. E. – V., H. G. c. Sanatorio Allende s/amparo” del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de 30ª Nominación de Córdoba. En él, una pareja solicitó el parto inducido de su hijo por nacer que padecía de anencefalia, lo que lo hacía inviable, a la vez que estaba en juego la salud de la madre. Así, a través de una medida cautelar, pedían que se obligara al centro médico a realizar la práctica, frente a la objeción del médico y de dicho lugar de llevarla a cabo. Dejando de lado la evaluación de si el caso debía ser comprendido bajo las causales de aborto no punible del Código Penal o si se trataba de un parto inducido solamente –a lo que el Magistrado respondió en esta última dirección–, nos centraremos en los argumentos que reconocen la existencia de la objeción de conciencia institucional. En el caso, el Juez sostiene que

Se trata de un claro caso de la denominada "Objeción de Conciencia Institucional" que sólo puede ser planteada por Centros de Salud Privados, y no por los Públicos, que dependen del Estado. En este orden de ideas, se ha señalado con claridad que "nos referimos a las clínicas o sanatorios que son personas jurídicas –no hospitales públicos–, como tampoco a las personas individuales que son sus directivos o los médicos no directivos que cumplen labores en ella, sino a la institución misma... Ellas, según las razones que daremos, pueden invocar esta desobediencia cuando estén impuestas de tener que cumplir actos que si bien están permitidos civilmente, son a la vez contradictorios con los mismos postulados identitarios de la Institución de que se trata... son actos que legalmente están permitidos; por caso baste para ilustrar el supuesto, recordar que dentro de la tipicidad de nuestro código penal hay cierto tipo de abortos que están permitidos en su realización. Dichos abortos permitidos por la ley, cuando son requeridos en su concretización en ciertos ámbitos que por su conciencia institucional resultan indudablemente refractarios a ella, la invocación de la objeción de conciencia institucional es una posibilidad legítima"⁹⁰

A su vez, argumenta que aunque la ley 25.673 contempla para otro ámbito este instituto jurídico, ello no impide que podría aplicarse por analogía en este caso. Además, sostiene que existen otras instituciones médicas en las que se puede realizar el tratamiento, por lo que no habría dificultad alguna en permitir que el Sanatorio Allende

⁹⁰Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 30ª Nominación de la Provincia de Córdoba, “M., C. E. – V., H. G. c. Sanatorio Allende s/amparo”, 28/12/2012, sección 6, punto 4.

ejerza el derecho de objetar sin limitaciones⁹¹. De esta forma, se reconoce la existencia de la objeción de conciencia institucional en un caso muy cercano al tema de este artículo.

IV. CONCLUSIONES Y LINEAMIENTOS PARA UNA LEGISLACIÓN

En los capítulos anteriores se ha analizado el derecho a la objeción de conciencia, enfocado principalmente en los casos de aborto no punible. Se ha buscado mantener una argumentación que permita elaborar la cuestión sin necesidad de presentar un conflicto con otros derechos e intereses relacionados con el tema. Es así que se quiere resaltar que es importante que existan legislaciones claras en la materia, tanto en la regulación de la objeción, como en el ámbito de los abortos no penados por la ley. Debido a que la discusión en este campo es presentada tradicionalmente como un conflicto entre las pretensiones de los individuos, no se elaboran normas que responsabilicen únicamente al último garante de los derechos: el Estado. En cuanto a los medios económicos con los que este último cuenta, ya ha habido casos de objeción de conciencia tales que se ha trasladado a una persona a otra provincia para que se realizara la interrupción de un embarazo⁹². Esto no quiere decir que la solución sea movilizar a los pacientes por todo el país; por el contrario, esto podría haberse prevenido si se hubiese contado con un sistema organizado de objetores. La inversión en un sistema como tal permitiría cumplir con los deberes del Estado, a la vez que se resguardan los intereses de los ciudadanos. Aquí, la mejor cura para el problema es la prevención.

En Argentina no existe actualmente un sistema a nivel nacional que promueva el ejercicio de la objeción de conciencia en los casos de aborto no punible. Las únicas legislaciones que existen al respecto son procedimentales (protocolos médicos), resoluciones ministeriales (que como se ha dicho anteriormente no podrían modificar leyes y menos reglar derechos constitucionales), o simples documentos que podrían compararse con declaraciones no vinculantes legalmente (como es el caso del Protocolo del Ministerio de Salud del año 2015). Cabe destacar que es facultad del Poder Legislativo

⁹¹Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 30ª Nominación de la Provincia de Córdoba, “M., C. E. – V., H. G. c. Sanatorio Allende s/amparo”, 28/12/2012, sección 6, punto 9.

⁹²Alegre, “Opresión a conciencia. La objeción de conciencia en la esfera de la salud sexual y reproductiva”, 13.

regular el ejercicio de los derechos constitucionales, más allá de que las cuestiones procedimentales específicas sean atribución propia de cada jurisdicción provincial. Así lo reconoció la Sra. Argibay en su voto en el Fallo “F. A. L. s/ medida autosatisfactiva”. Es por ello que el Congreso es quien debe fijar los criterios de fondo sobre la cuestión y, de ser necesario, también definir expresamente los alcances de la no punibilidad del aborto dispuesta por el Código Penal.

Por su parte, a nivel provincial se han dictado normas que regulan el procedimiento para objetar. Es así en el caso de Santa Fe específicamente, donde ha previsto un registro público. Neuquén, en cambio, solo ha presentado un documento que exhorta a las instituciones a llevar un registro privado, con la misma finalidad de organización de las prestaciones médicas, pero no vinculante en términos legales.

Dicho lo anterior, y retomando los puntos que se han tratado a lo largo de este artículo, se elaborará seguidamente una lista de los lineamientos generales que debería contemplar el Congreso para una regulación de este derecho.

1. El reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia frente a los abortos no punibles garantizaría su invocación por parte de los profesionales de la medicina y sus colaboradores. También se debería prever un apartado especial sobre la “objeción de conciencia institucional”.

2. Es necesario realizar capacitaciones sobre la materia en las distintas instituciones, tanto públicas como privadas, para comprender la importancia de este derecho, las posibilidades de ejercerlo y los pasos necesarios para hacerlo. También, se debería crear un sistema que busque evitar un rechazo hacia los objetores en términos de discriminación laboral o por cuestiones de creencias morales y religiosas. Como se dijo en las secciones anteriores de este artículo, las empresas pueden negarse a emplear objetores, pero la causa para ello debería ser la búsqueda de un equilibrio en la organización interna de los servicios médicos que presta la compañía, y no las creencias morales del objetor, ya que esto último llevaría a un acto discriminatorio que afecta a la libertad de conciencia. Cabe destacar que la cuestión aquí no es sencilla, ya que la diferenciación entre una causa u otra puede tener dificultades probatorias. Respecto a esto último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que quien alega la existencia de discriminación debe acreditar los hechos que sean idóneos para inducir su existencia, mientras que el

demandado deberá probar que hubo otro “motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación”⁹³.

3. Llevar un registro de objetores de carácter privado, es decir, sin acceso completo al público, con el fin de evitar una estigmatización social a los profesionales que opten por ejercer este derecho. Este registro, aunque privado, debería estar interconectado entre los diversos centros asistenciales para garantizar, en el caso en el que no existan profesionales que puedan realizar la práctica en un hospital, la derivación directa del paciente a otro lugar. A su vez, permitirá la organización de tareas, turnos de guardias y licencias dentro de cada institución. Esto es aplicable no solo a las clínicas privadas, sino también a los hospitales estatales, ya que en este último ámbito los médicos deben tener la garantía de ejercer su derecho –como se ha dicho en el apartado anterior, esto solo puede sostenerse si se acepta la existencia de un derecho al aborto que conlleve una obligación del profesional a realizarlo.

4. Aunque son entendibles los sistemas de plazos de derivación, como el contemplado en la legislación santafecina, o en la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos No Punibles” del Ministerio de Salud de la Nación del año 2010, donde los plazos son 90 días y 5 días, respectivamente, un sistema organizado por un registro permitiría una derivación más pronta que se daría al ingresar un paciente al nosocomio. Debe procurarse disminuir lo más posible la demora, pero esta es una tarea estatal o de los centros privados que no debe afectar el ejercicio de la objeción.

5. Al momento de la registración del objetor, es importante que se haga una declaración jurada que deje en claro los procedimientos que el profesional rechaza por sus creencias personales. Como no puede analizarse la razonabilidad o no de la causa de objeción, como lo ha sostenido nuestra Corte y también su par estadounidense, solo podría solicitarse un listado de las prácticas que no realizará y una declaración de que es una decisión sincera fundada en sus convicciones morales, éticas, filosóficas o religiosas. Podría sostenerse que algunos profesionales utilizarían este registro para no realizar procedimientos complejos, pero, aunque sería muy dificultoso cuestionar a cada objetor, sería razonable hacerlo de manera tal de generar un efecto disuasivo hacia las personas que objetaran por estas causas externas a sus creencias morales.

⁹³ CSJN, “Pellicori”, 2011, *Fallos* 334:1387, considerando 11° segundo párrafo.

6. Un registro adicional que involucre a aquellas personas que tienen un papel fundamental en la facilitación de las prácticas abortivas (enfermeros, anestesistas, entre otros), para que ellos puedan a su vez ejercer su derecho y se prevean los reemplazos pertinentes cuando sea necesario.

7. En el caso de la “objeción de conciencia institucional”, los centros médicos deberían poseer algún tipo de declaración pública que permita a los pacientes saber de antemano qué procedimientos se realizan y cuáles no en el establecimiento. Pese a ello, en los casos en los que se presenten individuos que requieran de estas prácticas, la institución deberá derivar a otro centro asistencial inmediatamente sin dilaciones innecesarias. Para ello, es importante que se posea una lista de instituciones privadas objetoras, o que se envíe al interesado a un hospital estatal con las provisiones logísticas correspondientes.

8. Los organismos que controlan la actividad médica, así como las asociaciones de profesionales, deberán realizar inspecciones para prevenir que exista discriminación laboral hacia los objetores. Esta podría presentarse no solo en la instancia de empleo de médicos, sino también en la organización de tareas como turnos de guardia en ciertos horarios nocturnos sin la posibilidad de rotación, espacios de consultas en condiciones irregulares, entre otros.

Aquí no se sostiene que la regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de abortos no punibles sea algo sencillo y que no implique una inversión estatal considerable. Está claro que los recursos no son ilimitados. Pero ello no conlleva que se deba privar a los profesionales de la medicina y sus colaboradores del ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente. Las normas de fondo que se dicten a nivel federal deben contener lineamientos que disminuyan los conflictos que pueden presentarse en este campo; más cuando estos son previsibles mediante una buena organización de tareas. Por su parte, es imperativo que las jurisdicciones provinciales sigan estos lineamientos en la redacción de las normas de procedimiento, que no pueden afectar de manera alguna a este derecho, ya que no está entre sus potestades modificarlo.

BIBLIOGRAFÍA

Academia Nacional de Medicina. “Aborto y objeción de conciencia”. Disponible en <http://www.acamedbai.org.ar/pdf/declaraciones/ABORTOYOBJECIONDECONCIENCIA.pdf> (consultado por última vez el 20 de mayo de 2016).

Alegre, Marcelo. *Derecho Y Sexualidades: [SELA 2009]*. Buenos Aires: Librería, 2010.

Arias, Alberto J. “La objeción de conciencia y la inconstitucionalidad de la ley 26.618”. Disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/6961/2010.

Benítez, Juan José. “¿Puede una eximente de punibilidad dar derechos?”. Disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/4289/2012.

Bergallo, Paola. “Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado”. *Cuestión de derechos: revista electrónica*, N° 1 (julio 2011): 20.

Cabal, Luisa, Mónica Olaya y Valentina Robledo. “Striking a Balance: Conscientious Objection and Reproductive Health Care from the Colombian Perspective”. *Health and Human Rights*, Vol. 16, N° 2, Health Rights Litigation (diciembre 2014): 73.

Calo, Zachary R. “Constructing the Secular: Law and Religion Jurisprudence in Europe and the United States”. Disponible en http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32792/RSCAS_2014_94.pdf?sequence=1 (consultado por última vez el 11 de diciembre de 2015).

Clérico, Laura y Liliana Ronconi. “Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina”. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000200005&script=sci_arttext (consultado por última vez el 10 de diciembre de 2015).

Cohen, Carl. “Conscientious Objection”. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/2379480> (consultado por última vez el 3 de julio de 2017).

Comité Hospitalario de Bioética del Nuevo Hospital de Río Cuarto “San Antonio de Padua”. “La objeción de conciencia en el ejercicio de la práctica sanitaria”. Disponible en <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/07/Objeci%C3%B3n-de-Conciencia-CHB.San-Antonio-de-Padua.-RIO-IV.pdf> (consultado por última vez el 25 de mayo de 2016).

Didier, María Marta, Esteban J. I. Romero y Nicolás F. Parini. “Objeción de conciencia: Un fallo trascendente de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. Disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/3944/2014.

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

George, Robert P. “Conscience and Its Enemies”. *Catholic Social Science Review*, Vol. 18, 2013.

Green, Leslie. “Legal Obligation and Authority”, 2003. Disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/> (consultado por última vez el 23 de julio de 2016).

Grosman, Lucas. “Autonomía y Drogas”. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1106&context=yls_sela (consultado por última vez el 1 de julio de 2017).

Grubb, Andrew. “Participating in Abortion and the Conscientious Objector”. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/4507151> (consultado por última vez el 9 de febrero de 2016).

Hohfeld, Wesley Newcomb. “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”. Disponible en <http://www.hiit.fi/files/ns/Herkko/SOME%20FUNDAMENTAL%20LEGAL%20CONCEPTIONS%20AS%20APPLIED%20IN%20JUDICIAL%20REASONING.pdf> (consultado por última vez el 30 de mayo de 2016).

Hymowitz, Kay S. “Natural Lawyer”. Disponible en http://www.nytimes.com/2013/06/23/books/review/conscience-and-its-enemies-by-robert-p-george.html?_r=1 (consultado por última vez el 10 de diciembre de 2015).

Kahan, Dan M. “Law of Cognition and the Cognition of Law”. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2515068 (consultado por última vez el 28 de junio de 2017).

Kahan, Dan M. y Donald Braman. “Cultural Cognition and Public Policy”. Disponible en <http://www.culturalcognition.net/browse-papers/cultural-cognition-and-public-policy.html> (consultado por última vez el 28 de junio de 2017).

Lema, V.L. “Conscientious Objection and Reproductive Health Service Delivery in Sub-Saharan Africa”. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/23317028> (consultado por última vez el 9 de febrero de 2016).

Macías, Andrea L. y Marcela Olivero (coords.). “Documento sobre la objeción de conciencia en el contexto de la atención de la salud, en la Provincia de Neuquén”. Disponible en <http://www.saludneuquen.gob.ar/wp-content/uploads/2014/03/Documento-Objeci%C3%B3n-de-Conciencia.pdf> (consultado por última vez el 10 de febrero de 2016).

Roca, María J. (coord.). *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Roe, Jane, Colin Francome y Maureen Bush. “Recruitment and Training of British Obstetrician-Gynaecologists for Abortion Provision: Conscientious Objection versus Opting out”. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/3775065> (consultado por última vez el 9 de febrero de 2016).

Sánchez, Alberto M. “La objeción de conciencia frente a la unión entre personas del mismo sexo”. Disponible en La Ley Online, cita online AR/DOC/5439/2010.

Shinar, Adam. “Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law”. Disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2055263 (consultado por última vez el 10 de diciembre de 2015).

Yurman, Pablo. “Aborto y objeción de conciencia”. Disponible en <http://ppct.caicyt.gov.ar/index.php/inmanencia/article/viewFile/4334/4008> (consultado por última vez el 30 de junio de 2017).

JURISPRUDENCIA

CSJN, “Agüero”, 1949. *Fallos* 214:139.

CSJN, “Lopardo”, 1982. *Fallos* 304:1524.

CSJN, “Santa Coloma”, 1986. *Fallos* 308:1160.

CSJN, “Portillo”, 1989. *Fallos* 312:496.

CSJN, “Bahamondez”, 1993. *Fallos* 316:479.

CSJN, “Asociación de Testigos de Jehová”, 2005. *Fallos* 328:2966.

CSJN, “Pellicori”, 2011. *Fallos* 334:1387.

CSJN, “F.A.L.”, 2012. *Fallos* 335:197.

CSJN, “Albarracini Nieves”, 2012. *Fallos* 335:799.

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de 30^a Nominación de la Provincia de Córdoba, “M., C. E. – V., H. G. c. Sanatorio Allende s/amparo”, 28/12/2012.

“Burwell v. Hobby Lobby”, 573 U.S. (2014).

Resolución 843/2010. Ministerio de Salud de la Provincia de Santa Fe.

LA CRISIS ENERGÉTICA EN LA ARGENTINA, Y SU RELACIÓN CON LA AUSENCIA DE UN MARCO JURÍDICO REGULATORIO ESTABLE, CON MIRAS HACIA LA EXPLOTACIÓN DE LOS HIDROCARBUROS NO CONVENCIONALES

*Delfina Chain**

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar una posible correlación entre la falta de un marco jurídico regulatorio estable en materia de hidrocarburos y la crisis energética que atraviesa el país. Se analizará el desarrollo de la legislación y regulación en materia de explotación, competencia y titularidad de los hidrocarburos con el foco en el futuro de los hidrocarburos no convencionales en el país.

El análisis estará atravesado por dos ejes centrales de discusión. Por un lado, la problemática en cuanto a las tensiones entre la Nación y las provincias en materia de titularidad de los recursos y distribución de las competencias. Por otro lado, la problemática relacionada a las tensiones entre el Estado y la actividad privada en materia de producción, explotación, distribución, y consumo de los hidrocarburos. Se busca mostrar que ambas problemáticas están relacionadas a la falta y a la necesidad de establecer un régimen normativo integral que procure un desarrollo sustentable en términos ambientales, que atraiga inversiones locales y extranjeras de riesgo, que alcance el autoabastecimiento energético, y que materialice una justa distribución de las riquezas obtenidas.

Abstract

The present article aims to analyze a possible correlation between the lack of a stable legal regulatory framework in the field of hydrocarbons and the energy crisis that the country is experiencing. The development of legislation and regulation regarding exploitation, competition and ownership of hydrocarbons will be analyzed with the focus on the future of non-conventional hydrocarbons in the country.

The analysis will be traversed by two central axes of discussion. On one side, the problem regarding the tensions between the Nation and the provinces in terms of

* Delfina Chain es abogada por la Universidad de San Andrés (2016). El presente trabajo es una adaptación de su tesis de grado, la cual fue dirigida por el Dr. Nicolás Eliashev y recibió la más alta calificación. Desde el año 2015 trabaja como asesora financiera en Mascaretti y Cia S.A., Mercado de Capitales, Desarrollo de Nuevos Negocios.

ownership of resources and distribution of powers. On the other side, the problem regarding the tensions between the State and private activity in terms of production, exploitation, distribution, and consumption of hydrocarbons.

The purpose of this article is to prove that both problems are related to the lack and necessity of establishing a comprehensive regulatory regime that seeks sustainable development in environmental terms, attracts local and foreign risk investments, achieves self-sufficiency energy, and materializes a fair distribution of the wealth obtained.

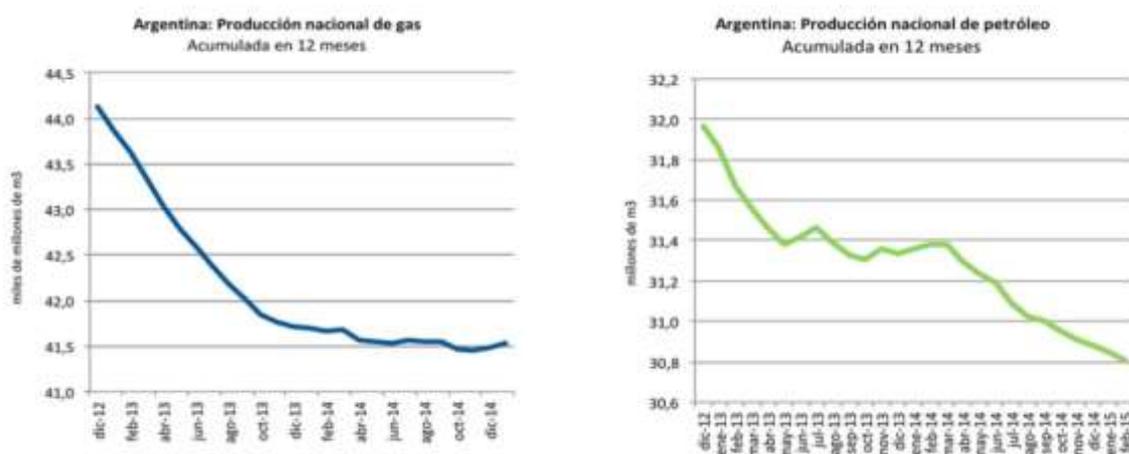
Palabras claves: hidrocarburos no convencionales – shale oil – shale gas – fracking – ley 17.319 – YPF – dominio – jurisdicción – expropiación – política hidrocarburífera.

Key Words: unconventional hydrocarbons – shale oil – shale gas – fracking – law N° 17.319 – YPF – domain – jurisdiction – expropriation – hydrocarbons policy.

I. LA ENERGÍA EN LA ARGENTINA HOY

Actualmente el país está atravesando una crisis energética producto de desequilibrios que el sector ha acumulado a lo largo de los últimos años. La energía es hoy, un impedimento para el desarrollo económico del país. Se ha transformado en un problema macroeconómico estructural.

La producción de petróleo y gas durante los últimos años muestra una tendencia decreciente.



Fuente: Seminario La Energía en Argentina. Los Desafíos políticos, técnicos y económicos 2016-2019, 8 de Abril de 2015¹.

Para contrarrestar los decrecientes niveles de producción se ha optado por aumentar las importaciones energéticas. En el 2014 “las importaciones energéticas alcanzaron los 11,2 millones de dólares equivalentes al 55% de los ingresos por las exportaciones de la soja”². Dichos niveles de importación generan un balance comercial energético negativo.

¹ Pablo Ferrara y Eliana Miranda, “Seminario: La energía en Argentina. Los desafíos políticos, técnicos y económicos 2016-2019”, 8 de Abril de 2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://web.iae.org.ar/wp-content/uploads/2015/05/Relator--a_Seminario_Ex_Secretarios_La_Energia_en_Argentina.pdf (última consulta: 15/06/2017).

²Pablo Ferrara y Eliana Miranda (2015).

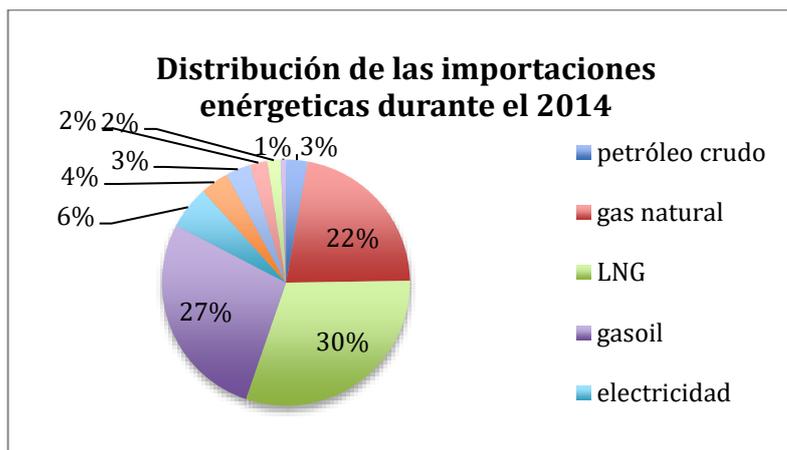


Fuente: Seminario La Energía en Argentina. Los Desafíos políticos, técnicos y económicos 2016-2019, 8 de Abril de 2015³.

Esta situación se ha visto agravada por un sistema de precios distorsionado por subsidios, que debieron ser transitorios y durante muchos años se tornaron permanentes. El financiamiento de dichos subsidios ha sido cubierto a través de mayor emisión monetaria generando un círculo de dependencia vicioso extremadamente difícil de desarticular.

La distribución de las importaciones muestra que la falta de gas es uno de los mayores conflictos que enfrenta hoy el país.

³ Pablo Ferrara y Eliana Miranda, “Seminario: La energía en Argentina. Los desafíos políticos, técnicos y económicos 2016-2019”, 8 de Abril de 2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://web.iae.org.ar/wp-content/uploads/2015/05/Relator--a_Seminario_Ex_Secretarios_La_Energia_en_Argentina.pdf (última consulta: 15/06/2017).



Fuente: Seminario La Energía en Argentina. Los Desafíos políticos, técnicos y económicos 2016-2019, 8 de Abril de 2015⁴.

La alta demanda de gas se da a lo largo del año para cubrir la generación eléctrica. En invierno, dicha demanda crece por el consumo residencial. A su vez, las bajas tarifas de gas, sostenidas a través de los subsidios, han potenciado su consumo. La importación de gas para generar energía eléctrica se ha vuelto estructural, al igual que las importaciones para suplir la demanda invernal. Pese a esta situación, siendo el gas el insumo mayor solicitado, de los 1440 pozos que tiene la Argentina más del 85% corresponde al petróleo. Esto refleja la falta de incentivos hacia la producción de gas.

La aparición e importancia de los hidrocarburos “no convencionales” en Argentina

La importante suba de precios del petróleo experimentada a comienzos del siglo fue un incentivo para la búsqueda de no sólo nuevas fuentes de energía, como la energía solar, eólica, y nuclear sino también nuevos métodos de extracción que permitieron el acceso a yacimientos que anteriormente no eran explotados. EEUU fue pionero en el desarrollo de tecnologías para acceder al *shale gas* y *shale oil*. El *shale* o roca de esquito, es una formación sedimentaria que contiene gas y petróleo (*shale gas* y *shale/tigh oil*) (...) La característica definitoria del *shale* es que no tiene la suficiente permeabilidad para que el petróleo y el gas puedan ser extraídos con los métodos convencionales, lo cual hace

⁴ Pablo Ferrara y Eliana Miranda, “Seminario: La energía en Argentina. Los desafíos políticos, técnicos y económicos 2016-2019”, 8 de Abril de 2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://web.iae.org.ar/wp-content/uploads/2015/05/Relator--a_Seminario_Ex_Secretarios_La_Energia_en_Argentina.pdf (última consulta: 15/06/2017).

necesario la aplicación de nuevas tecnologías. Las mismas consisten en inyectar agua a alta presión conjuntamente con la aplicación de agentes de sostén (arenas especiales), lo que permite que los hidrocarburos atrapados en la formación fluyan hacia la superficie⁵

La publicación de un informe por la Administración de Información Energética (EIA) del Departamento de Energía de los Estados Unidos⁶ ha puesto de vuelta a la Argentina en el mapa internacional. Dicho informe posiciona a la Argentina como el segundo país, detrás de China, con mayor disponibilidad de *shale gas*. A simple vista, pareciera contradictorio ser el segundo país en el mundo con mayor disponibilidad de *shale gas*, y al mismo tiempo sufrir una crisis económica estructural por las importaciones de este insumo. A su vez, el informe posiciona a Argentina como el cuarto país en el mundo con mayor disponibilidad de *shale oil*. Dicha información pareciera indicar que el conflicto energético en la Argentina no surge de la carencia de recursos naturales sino de conflictos relacionados a su producción, explotación y distribución.

Las proyecciones del potencial de *shale gas* y *shale oil* en Argentina parecieran abrir el camino hacia la posibilidad de lograr el autoabastecimiento energético. El descubrimiento y explotación del yacimiento Vaca Muerta⁷ podría jugar un rol trascendental para el futuro energético del país. Pero, el hecho de que los recursos estén disponibles no garantiza el éxito en materia de autoabastecimiento energético. Vaca Muerta y los descubrimientos comprobados por el informe publicado no son fuente de enriquecimiento inmediato, ni la solución a la crisis energética y económica estructural que atraviesa hoy el país. Pueden ser parte de la solución, pero considero y formulo que solo son una parte de ella.

Realizada esta introducción es que plantearé la pregunta central de esta investigación: ¿Existe una posible correlación entre la falta de un marco jurídico regulatorio estable en materia de hidrocarburos y la crisis energética que atraviesa el país? El objetivo de este artículo será analizar esta posible correlación. Intentaré mostrar la importancia de la existencia de un régimen normativo integral que procure un desarrollo sustentable en

⁵ YPF Energía, “¿Qué es Shale?”, YPF, <http://www.ypf.com/energiaypf/Paginas/que-es-shale.html> (última consulta: 16/06/2017).

⁶ U.S. Energy Information Administration, “Shale oil and shale gas resources are globally abundant”, EIA, <http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=14431> (última consulta: 16/06/2017).

⁷ Instituto Argentino del Petróleo y el Gas, “Vaca Muerta” <http://www.shaleenargentina.org.ar/vaca-muerta-72#.VN64HHYnvUo> (última consulta: 16/06/2017).

términos ambientales, que atraiga inversiones locales y extranjeras de riesgo, que alcance el autoabastecimiento energético, y que materialice una justa distribución de las riquezas obtenidas. Siendo hoy los hidrocarburos no convencionales tema central de discusión en la política energética Argentina, es que realizaré el análisis con miras hacia su explotación. Es decir, la falta de un marco jurídico regulatorio estable e integral podría tener un impacto negativo en el aprovechamiento de dichos hidrocarburos no convencionales.

El análisis de la evolución de las políticas hidrocarburíferas tiene dos ejes centrales de discusión que estarán presentes en todo el trabajo. Por un lado, se encuentra la problemática en torno a las tensiones entre la Nación y las provincias en materia de titularidad de los recursos y distribución de las competencias. Por otro lado, se encuentra la problemática relacionada a las tensiones entre el Estado y la actividad privada en materia de producción, explotación, distribución y consumo de los hidrocarburos. Ambas problemáticas están intrínsecamente relacionadas a la falta de un marco regulatorio estable e integral que garantice la seguridad jurídica necesaria para alcanzar el autoabastecimiento energético.

Para mostrar la potencial correlación entre la falta de un marco jurídico regulatorio estable en materia de hidrocarburos y la crisis energética que atraviesa el país con miras hacia la explotación de los hidrocarburos no convencionales, el análisis se presentará en cuatro secciones. En la primera, se ha desarrollado la situación energética actual en la Argentina y la aparición de los hidrocarburos no convencionales. En la segunda, se explicará qué son los hidrocarburos no convencionales, en qué consiste el proceso para su extracción, los peligros que acarrea, y los impactos que genera a nivel social y ambiental. En la tercera sección, se describirá y analizará el desarrollo de la legislación y regulación en materia de explotación, competencia y titularidad de los hidrocarburos, con foco en los hidrocarburos no convencionales. Se realizará un análisis inter-relacionado que recorrerá cinco etapas temporales, buscando mostrar el juego entre las diferentes normas existentes. En cada etapa se buscará mostrar las inestabilidades en materia de regulación y las distintas políticas energéticas vigentes en cada una de ellas. A lo largo de las cinco etapas se examinará la tensa relación entre la nación y las provincias y, el Estado y la actividad privada. Por último, a modo de conclusión, se desarrollarán las respuestas a la pregunta central intentando hacer un balance sobre la evolución o no

evolución de la legislación en materia de hidrocarburos, específicamente los no convencionales.

II. CARACTERÍSTICAS E IMPLICANCIAS DE LOS HNC

¿Qué son los hidrocarburos no convencionales?

Para entender en qué consisten los hidrocarburos no convencionales es menester comenzar por desarrollar el significado de los hidrocarburos convencionales. Los hidrocarburos convencionales son, aquellos que han venido siendo utilizados como principal fuente energética para la humanidad, el petróleo y el gas. Los hidrocarburos convencionales tienen dos características esenciales que han facilitado su extracción y consiguiente explotación. En primer lugar, son aquellos hidrocarburos que han migrado en forma ascendente desde la roca generadora o roca madre hacia una roca reservorio donde se encuentran contenidos. En segundo lugar, las rocas reservorio son porosas y permeables, lo que permite que el hidrocarburo se traslade con relativa facilidad desde el reservorio hasta la superficie cuando es perforada para su extracción. La facilidad en su extracción ha sido la causa principal por la que se ha focalizado en su extracción. Los hidrocarburos no convencionales no cuentan con estas dos características esenciales que facilitan su extracción. Por el resto, los hidrocarburos convencionales y no convencionales son composicional y genéticamente idénticos. Los hidrocarburos no convencionales a diferencia de los convencionales, permanecen en la roca madre donde se generaron o migraron a rocas muy compactas. Por lo tanto, la diferencia principal entre los dos tipos de hidrocarburos es el tipo de reservorio en el que se encuentran y, consecuentemente las técnicas de extracción necesarias. Para la extracción de los hidrocarburos convencionales, la extracción con estimulación hidráulica es opcional mientras que para los no convencionales es una condición sine qua non. El proceso de extracción de los hidrocarburos no convencionales es más complejo, y plantea nuevos desafíos tanto a geólogos, como a: inversores, legisladores y ciudadanos.

La extracción de los hidrocarburos no convencionales, al encontrarse en la roca madre, requiere de la mundialmente discutida técnica de “fracturación hidráulica” o *fracking*. El *fracking* es la técnica mediante la cual se inyecta a gran presión un fluido conformado en su mayoría por agua, arena y una porción de químicos específicos (gelificantes, inhibidores de crecimiento bacteriano, y reductores de fricción) para

umentar la porosidad de la roca. El fluido reabre las fisuras naturales de la roca para facilitar el flujo del gas y el petróleo hacia el pozo. Luego, parte del agua remanente que se utilizó para el proceso de estimulación hidráulica regresa a la superficie y es recolectada. Finalmente, cuando el pozo ya está en producción el gas y el petróleo son tratados y se los vuelve aptos para su comercialización y consumo.

Factores en juego

La decisión de explotar los hidrocarburos no convencionales existentes en el país debe ser tomada luego de un profundo y complejo análisis. Son múltiples las aristas a considerar previo a tomar la decisión final. A pesar de que la decisión ya ha sido tomada, es menester entender los factores en juego a la hora de explotar los hidrocarburos no convencionales para así apreciar la trascendencia del tipo de regulación necesaria. La decisión de optar por la explotación de hidrocarburos no convencionales trae aparejado consecuencias ambientales, sociales, y económicas, que deben ser minuciosamente estudiadas.

Los HNC y el medio ambiente

La técnica de fracturación hidráulica o *fracking* necesaria para obtener los hidrocarburos no convencionales da lugar a múltiples debates mundiales por los riesgos e impactos detectados sobre el medio ambiente que trae aparejados.

En primer lugar, el factor que suele ser eje de la discusión es la utilización de agua y su contaminación. El *fracking* requiere la utilización de grandes cantidades de agua, se estima que se requiere una utilización en dos órdenes de magnitud respecto a las de los hidrocarburos convencionales. En Neuquén se ha reconocido el insumo de grandes cantidades de agua como aspecto negativo del *fracking* y se ha establecido un límite a través del Decreto 1483/12 de 15.000 metros cúbicos de agua por pozo fracturado⁸. Pero, este volumen establecido resulta irrisorio puesto que en la práctica casos concretos muestran que la utilización de agua es mayor. Por ejemplo: en Loma La Lata se utilizaron 20.000 metros cúbicos en una sola etapa en un solo pozo, y se estima que en 5 años se fracture nuevamente. En Apache se utilizaron 30.000 metros cúbicos por pozo⁹. Es

⁸ Poder Ejecutivo Provincial, “Decreto 1483/12”, Neuquén. http://www4.neuquen.gov.ar/ma/normativa/anexos/anexo_16.pdf (última consulta: 15/06/2017).

⁹ Sandra Bettina Ferrante, “Hidrocarburos no convencionales en Argentina ¿la clave para el autoabastecimiento energético está en Vaca Muerta?” IV Jornadas Internacionais de Problemas Latino-Americanos América Latina: lutas, experiências e debates por uma integração dos povos, Disponible en:

necesario evaluar el insumo agua como costo a la hora de optar por la explotación del *shale gas* y *shale oil* como recurso energético. Por otra parte, no sólo se utilizan grandes cantidades de agua sino que también preocupa la afección a los acuíferos subterráneos. Al fracturar el subsuelo se corre el riesgo de que una de las fracturas inducidas alcance un acuífero y contamine el agua ya sea con fluidos de la fracturación o con el mismo gas o petróleo de la formación.

En segundo lugar, otro factor a tener en cuenta es que para la técnica del *fracking* se utilizan aditivos químicos que usualmente no son siquiera informados y detallados por las empresas a cargo de dicho proceso. Estos aditivos entran en contacto con el subsuelo para facilitar su perforación y permeabilidad y a pesar de estar diluidos en grandes cantidades de agua aún contaminan.

Por otra parte, debe destacarse que estos procesos en los cuales participan diferentes actores generan contaminación del aire. El transporte de maquinaria necesaria, la perforación del subsuelo, la inyección de aditivos químicos que contienen compuestos volátiles, y la recuperación del fluido causan un efecto invernadero. Dadas las condiciones donde se encuentra el gas no convencional, la liberación del potente gas metano es mayor en comparación con la explotación de hidrocarburos convencionales, un 2% superior cuando se utilizan técnicas de fracturación hidráulica¹⁰. A su vez, recientes estudios muestran que el efecto invernadero creado por la explotación de *shale gas* será mayor que el producido por la explotación de otros hidrocarburos convencionales o fuentes de energía.

En los últimos años se ha observado en diferentes lugares del mundo, como en Texas y en Lancashire, una posible relación entre el *fracking* y un aumento en la actividad sísmica. La inyección de agua residual a alta presión o la existencia de fallas bajo estrés en la locación donde se realiza la fractura son consideradas las causas por las cuales se desatan los sismos. Hasta ahora, no se ha podido comprobar científicamente una relación directa de manera tal que pueda afirmarse que el uso del *fracking* genera terremotos. Pero sí, se están observando indicios de dicha relación. Es por ello, que resulta importante

https://www.researchgate.net/publication/271136334_Hidrocarburos_no_convencionales_en_Argentina_la_clave_para_el_autoabastecimiento_energetico_esta_en_Vaca_Muerta (última consulta: 15/07/2017).

¹⁰Aitor Urresti y Florent Marcellesi, "Fracking: una fractura que pasará factura", Florent Marcellesi, <https://florentmarcellesi.wordpress.com/2012/09/16/fracking-una-fractura-que-pasara-factora/> (última consulta: 15/06/2017).

realizar un seguimiento de los resultados de los estudios científicos respecto a dicha relación. No hay que olvidarse que es una actividad relativamente nueva y que la comprensión de sus efectos es una materia de absoluta actualidad, que merece constante estudio.

Por último, cuando se elige explotar un hidrocarburo no convencional se utiliza ese territorio exclusivamente para dicha actividad. La tierra destinada para cada plataforma es un costo de oportunidad a tener en cuenta. Esta tierra queda composicionalmente afectada por la inyección de aguas y aditivos químicos. A su vez, debe considerarse el impacto visual negativo de esta actividad sobre el territorio.

III. LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN HIDROCARBURÍFERA

La regulación de los recursos naturales especialmente los hidrocarburos no convencionales ha generado un polémico debate en los últimos años de la historia Argentina. Luego de un largo proceso, finalmente, el 30 de octubre del 2014 el Congreso aprobó la nueva ley de hidrocarburos (27.007), con 130 votos a favor, 116 en contra, 1 abstención y 9 miembros ausentes. Pero, para entender la situación actual y las cuestiones fundamentales es menester mostrar los orígenes de dicha normativa, la evolución de la regulación, los cambios realizados, el juego inter-relacionado entre las diferentes normas vigentes y las políticas elegidas a lo largo de la historia hidrocarburífera argentina. La reforma constitucional de 1994, ha causado una serie de debates en torno a la titularidad, dominio y explotación de los yacimientos hidrocarburos. Es necesario entender que las modificaciones en la normativa son producto de las necesidades imperantes e intereses que el estado y la actividad privada reconocen.

El análisis de la evolución de la legislación en materia hidrocarburífera, se realizará en cinco etapas en las cuales se pueden observar cambios e hitos en las políticas adoptadas. El objetivo es mostrar como con el correr del tiempo, el marco regulatorio ha sido alterado generando una inseguridad jurídica que impide la atracción de las inversiones necesarias para salir de la actual crisis energética y alcanzar el autoabastecimiento.

Primera etapa: Dominio Nacional

El marco legal aplicable a los hidrocarburos halla sus orígenes en el Derecho Minero. El Derecho Minero argentino encuentra sus bases en el **sistema regalista**. Dicho sistema separa: la propiedad de la superficie de la tierra, de los yacimientos mineros subterráneos. Es decir, son bienes inmuebles distintos. Por un lado, se encuentra la superficie de la tierra y por el otro los yacimientos. El sistema regalista se caracteriza por la interrelación de dos principios, el **dominio originario y el dominio eminente**. El dominio originario “es el derecho que pertenece desde el origen o descubrimiento de la cosa a una persona física o jurídica”¹¹. El dominio eminente “se trata de una potestad, (...) una facultad de legislación sobre las personas y los bienes, vinculada a la idea de soberanía interna y que se ejerce, potencialmente, sobre todos los bienes situados dentro del Estado...”¹². Ambos conceptos se encuentran en el sistema regalista, que establece que los yacimientos pertenecen al Estado (Nacional u provincial) quien le otorga a los particulares permisos y concesiones de exploración, explotación y transporte de los hidrocarburos.

La Ley de Hidrocarburos 17.319 dictada en el año 1967 ha establecido el marco general regulador de la actividad hidrocarburífera actual. A partir de dicha Ley y las siguientes modificaciones se pueden comprender la evolución de la actividad en el país. Originariamente la Ley 17.319 establecía en su artículo 1: “Los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional”. Es decir, el dominio originario de los yacimientos pertenecía al Estado Nacional.

El fundamento detrás de la ley 17.319 y la política particular adoptada en aquel entonces, puede encontrarse en el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Dicho artículo constitucional, previo a la reforma de 1994, sirvió de argumento principal para avalar la política hidrocarburífera adoptada. El artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional establece que es facultad del Congreso: dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados,

¹¹ Hugo Prieto, “Competencia provincial en materia de hidrocarburos y extinción de concesiones de explotación”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, no. 5 (Mayo-Julio 2015): 96.

¹² Prieto, “Competencia provincial,” 96.

sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones. Como afirma la constitucionalista María Angélica Gelli¹³ las materias que integran los códigos y las normas federales son tan amplias que concentran en el Poder Legislativo una importante cuota de poder unitario. A través de los códigos se intenta ordenar y establecer cuerpos normativos consistentes e uniformes sobre las distintas materias de competencia federal, con el objetivo de evitar contradicciones y lagunas. Pero, como se verá las diferencias entre las atribuciones del Estado Federal y de los Estados locales es en muchas situaciones difícil de determinar, y es inevitable un análisis judicial particular sobre la cuestión.

La regulación de la materia hidrocarburífera es competencia exclusiva del Gobierno Federal. Las provincias carecen de la facultad de modificar la normativa hidrocarburífera. El artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional delega en forma exclusiva la competencia de legislar en materia hidrocarburífera al Poder Legislativo Federal. Por la jerarquía y carácter constitucional esta competencia no puede ser modificada por ninguna normativa provincial. Pero, como destaca María Angélica Gelli esta delegación no impide que las provincias puedan ejercer sobre la materia hidrocarburífera, el poder de policía, de moralidad y de salubridad.

Sería un error analizar las normativas referentes a la industria hidrocarburífera de manera aislada, sin entender el contexto en el cual las normas pertinentes fueron creándose. La empresa pública históricamente ha tenido roles de privilegio en la explotación y comercialización de los hidrocarburos. Como bien lo expresa Eduardo Pigretti (2011), la evolución de la regulación en materia de hidrocarburos en Argentina se vio influenciada y ligada con la historia de Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado, comúnmente llamada por sus siglas YPF. Si bien la ley 17.319 establece en su artículo 2 “la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas”¹⁴, mostrando flexibilidad, luego añade en el artículo 11 “las empresas estatales constituirán elementos fundamentales en el logro de los objetivos fijados en el artículo 3 y

¹³ María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, (Argentina: La Ley, 2011), Tomo II, 175.

¹⁴ Poder Ejecutivo de la Nación (1967, 23 de junio), Ley 17.319 Ley de Hidrocarburos.

desarrollarán sus actividades de exploración y explotación en zonas que el Estado reserve a su favor”¹⁵. De este modo, la ley 17.319 establecía que los hidrocarburos eran propiedad del Estado Nacional y que YPF SE era la encargada de explotar los yacimientos bajo una regulación diferente a aquella bajo las cuales podrían operar futuras petroleras privadas. El Poder Ejecutivo decidía las áreas que podían ser explotadas por las empresas estatales y cuáles podrían ser explotadas por entidades distintas a través de concursos. Así, se creó un sistema arbitrario en el cual YPF y las empresas estatales se vieron altamente favorecidas. El Poder Ejecutivo aumentaba las áreas especialmente designadas y reservadas para las empresas estatales y restringía los concursos, creándose una especie de monopolio de las empresas estatales. Es decir, desde el año 1967 pueden verse los privilegios a los cuales esta compañía accedió.

Luego de varios años como única empresa estatal de América Latina, en 1992, bajo el gobierno de Menem, ante la necesidad de incrementar la producción e incentivar la libre disponibilidad de hidrocarburos, se decide encarar una profunda desregulación de la industria de los hidrocarburos y privatizar YPF. Las áreas anteriormente reservadas a favor de la empresa estatal fueron exploradas y explotadas por privados, a través de contratos de asociación o por licitación para el otorgamiento de concesiones. La privatización generó que YPF S.A. deje de ser la única titular del dominio petrolero para competir con otras empresas petroleras. A través de una serie de decretos 1055/1989¹⁶, 1212/1989¹⁷ y el 1589/1989¹⁸ se desreguló la exploración, explotación, industrialización y comercialización hidrocarburífera. El régimen de derechos mineros establecidos en la ley 17.319 no se modificó, sino que cambió su aplicación, desde el sector público hacia el privado abriendo las posibilidades para nuevos agentes en el negocio.

¹⁵ Poder Ejecutivo de la Nación (1967, 23 de junio), Ley 17.319 Ley de Hidrocarburos.

¹⁶ “...dispuso el llamado a licitación para la adjudicación las áreas secundarias, y la asociación para las áreas centrales” Daniel Casal, “Evolución de la legislación hidrocarburífera en materia de concesiones” *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, no 5 (Mayo-Julio: 2015): 21.

¹⁷ “...instruyó a YPF del Estado a negociar con los titulares de los contratos de explotación, producción, y extracción preexistentes, la reconversión de concesión o asociación” Casal, “Evolución de la legislación,” 2015: 21.

¹⁸ dispuso “la inclusión de la opción de adherirse al régimen de libre disponibilidad de hidrocarburos al momento de solicitar la declaración de comercialidad. También otorgó la libre disponibilidad de hasta el 70% de las divisas resultantes de las ventas” “Evolución de la legislación hidrocarburífera en materia de concesiones” Casal, “Evolución de la legislación,” 2015:21.

A través de este análisis podrá observarse el vínculo entre YPF, las necesidades de los diversos gobiernos y la regulación hidrocarburífera en el país.

Segunda etapa: Del dominio nacional al dominio provincial

En el año 1992, es sancionada la Ley 24.145 que en su artículo 1ero transfiere el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las provincias en cuyos territorios se encontraran¹⁹. Pero, esta transferencia estaba sujeta a la sanción de una nueva ley modificatoria de la Ley 17.319 de acuerdo a lo establecido por el artículo 5 de la Ley 24.145²⁰. La nueva ley modificatoria, que se debía presentar antes del 21 de Diciembre de 1992, no se realizó. Recién en el 2007, la vetusta 17.319 fue modificada por la denominada Ley Corta.

El desarrollo del orden normativo estructural en materia de hidrocarburos se complejiza con la reforma constitucional de 1994. El límite entre la competencia del Congreso y la de las provincias se torna aún más difuso con la modificación del artículo 124 de la Constitución Nacional. El segundo párrafo incorporado afirma que

¹⁹ “ARTÍCULO 1.- Transfiérase el dominio público de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las Provincias en cuyos territorios se encuentren, incluyendo los situados en el mar adyacente a sus costas hasta una distancia de Doce (12) millas marinas medidas desde las líneas de base reconocidas por la legislación vigente. Dicha transferencia tendrá lugar cuando se haya cumplido lo establecido en el Artículo 22 de la presente, salvo en los casos que se consignan a continuación, en los que ella tendrá lugar a partir del vencimiento de los respectivos plazos legales y/o contractuales: a) el área actualmente asignada a YPF Sociedad Anónima para sus actividades de exploración y/o explotación por sí, por terceros o asociada a terceros, que se consignan en el Anexo I y III de esta ley; b) las concesiones de explotación de hidrocarburos otorgadas a empresas privadas de conformidad a las disposiciones de las Leyes N. 17.319 y 23.696 y los Decretos N. 1.055/89, 1.212/89 y 1.589/89, vigentes a la fecha de entrada en vigor de la presente ley y que se detallan en el Anexo II; y c) los permisos de explotación y concesiones de explotación que se otorguen en el futuro, como consecuencia de la reconversión de contratos celebrados con respecto a áreas asignadas a YPF Sociedad Anónima, que se consignan en los Anexos I y III de esta ley.

En el caso de las áreas que, en el marco de la Ley N. 17.319, se encuentren comprendidas en cursos en trámite al momento de promulgarse la presente, convocados con la finalidad de otorgar permisos de exploración o concesiones de explotación, detalladas en el Anexo IV, y que no hayan sido adjudicadas, la transferencia de dominio se efectivizará al cumplirse con lo establecido en el Artículo 22 de esta ley...” Poder Legislativo de la Nación Argentina (1992, 24 de septiembre), Ley 24.145 Provincialización de Hidrocarburos.

²⁰ “ARTÍCULO 22.- La transferencia del dominio dispuesta por el Artículo 1 de esta ley, se perfeccionará después de sancionada y promulgada la ley cuya elaboración se encomienda a la Comisión de Provincialización de Hidrocarburos por el Artículo 5.

En las áreas cedidas a las Provincias en virtud de lo establecido en el Artículo 20 del Decreto N. 1.055 del 10 de octubre de 1989, la transferencia establecida en el Artículo 1 de la presente, se perfeccionará al momento de promulgarse esta ley” Poder Legislativo de la Nación Argentina (1992, 24 de septiembre), Ley 24.145 Provincialización de Hidrocarburos.

“[c]orresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. La reforma confirma el proceso federal que se venía gestando a favor del dominio originario de los recursos naturales por parte de las provincias. Con la reforma constitucional resurge el debate, algunos autores consideraban que la reforma le otorgaba plenos derechos a las provincias y otros autores bien supieron entender que, si bien la reforma reconocía el dominio de los recursos naturales en cabeza de las provincias, no sustraía a estos bienes de la jurisdicción exclusiva del Congreso Nacional. Esta última postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación “[q]ue en otro orden de consideraciones, y en virtud de los argumentos esgrimidos por el Estado provincial como sustento de su pretensión, es preciso señalar que el artículo 124, in fine, de la Constitución Nacional sólo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio más no la jurisdicción sobre ellos”²¹.

He aquí una diferencia clave en materia de regulación, resulta fundamental entender los conceptos “dominio” y “jurisdicción” para así delimitar las competencias e intentar lograr un entendimiento armonioso de las normativas existentes. El dominio y la jurisdicción son dos conceptos distintos que no necesariamente suceden juntos. El dominio es la titularidad del derecho de propiedad sobre una cosa, mientras que la jurisdicción es la facultad para dictar normas regulatorias sobre un determinado ámbito. Esta distinción resulta fundamental puesto que si bien la reforma de 1994, a través del artículo 124, le ha otorgado a las provincias el dominio originario de los recursos existentes en sus territorios, no le quita al Congreso Nacional la jurisdicción exclusiva entendida como potestad regulatoria de los recursos naturales. La permanencia del artículo constitucional 75 inc. 12 indica la intención del constituyente de mantener la regulación de fondo de los recursos mineros bajo la órbita del poder del Congreso Nacional.

Ante la ausencia de normativa modificatoria de la ley 17.319, en agosto del 2003 se emite el decreto 546. A través de este decreto, de suma relevancia, el Estado Nacional dispuso reconocer a los Estados Provinciales el derecho a otorgar permisos de exploración y concesiones de explotación, almacenaje y transporte de hidrocarburos en sus respectivas jurisdicciones sobre las áreas denominadas “en transferencia” y sobre las que se definan

²¹ “Chevron San Jorge S.R.L c/Neuquén Provincia del s/acción declarativa de inconstitucionalidad” 1ero de Noviembre de 2011, C 2126. XLI. citado por Eduardo Andrés Pigretti, *Régimen jurídico del petróleo y del gas natural en la república argentina* (Buenos Aires: Dunken, 2014), 47.

por las provincias. Se les otorga a las provincias el poder para elaborar sus pliegos de licitación para los respectivos concursos públicos. La importancia de este decreto, es que aún antes de la pendiente ley de transferencia se les otorga a las provincias las herramientas correspondientes para ejercer su calidad de autoridad de aplicación dentro de sus jurisdicciones. Resulta menester aclarar que a pesar del reconocimiento hacia las provincias como autoridad de aplicación, el decreto sostiene la obligación por parte de las empresas permisionarias concesionarias de brindar toda la información sobre sus actividades no sólo a las provincias sino también a la Secretaría de Energía del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, como autoridad de elaboración y ejecución de la política energética nacional.

Durante esta etapa se crea una nueva empresa estatal, EnArSA, a la que se le asignaron todas las áreas marítimas nacionales. A su vez, a través de otra ley se crea un régimen de promociones en todas las provincias, para acceder a dichos beneficios, se exige como requisito la asociación con EnArSA en el permiso de exploración y concesión de explotación. Los beneficios incluidos consistían en devolución anticipada del Valor Agregado, amortización de los gastos e inversiones en exploración y explotación en las tres cuotas anuales en relación al Impuesto a las Ganancias, y exención de derechos de importación para bienes de capital. Con el correr del tiempo, se prueba que la creación de una nueva empresa estatal y la implementación de dichos planes promocionales no tuvieron éxito.

En el año 2007, es sancionada la Ley Corta 26.197, saldando así la deuda pendiente de la reforma de la Constitución Nacional. La Ley Corta expone nuevamente la titularidad de la potestad regulatoria entre la Nación y las provincias en materia de hidrocarburos. La ley corta en su Artículo 2 establece

A partir de la promulgación de la presente ley, las provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios y en el lecho y subsuelo del mar territorial del que fueran ribereñas, quedando transferidos de pleno derecho todos los permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos...²².

²² Poder Legislativo de la Nación Argentina (2006, 6 de diciembre), Ley 26.197 Ley Corta.

El artículo 2 de la Ley 26.197, refleja el criterio establecido por el artículo 124 de la Constitución Nacional, resulta importante destacar la decisión de utilizar el término “la administración” de los yacimientos y no la “regulación” o “jurisdicción”. La elección de dicho término no implica recortes en las atribuciones provinciales sino la eliminación de potenciales superposiciones de roles.

La Ley Corta llega para establecer un régimen descentralizado en el cual se busca otorgar a las provincias la autoridad de aplicación. El diseño de las políticas energéticas a nivel federal le pertenece al Poder Ejecutivo nacional. El artículo 6 de la Ley Corta señala las facultades que les son otorgadas a las provincias en carácter de autoridades de aplicación de dicha ley,

A partir de la promulgación de la presente ley las provincias, como Autoridad de Aplicación, ejercerán las funciones de contraparte de los permisos de exploración, las concesiones de explotación y de transporte de hidrocarburos objeto de transferencia, estando facultadas, entre otras materias, para: I) ejercer en forma plena e independiente las actividades de control y fiscalización de los referidos permisos y concesiones, y de cualquier otro tipo de contrato de exploración y/o explotación de hidrocarburos otorgado o aprobado por el Estado Nacional; (II) exigir el cumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales que fueran de aplicación en materia de inversiones, explotación racional de los recursos, información, y pago de cánones y regalías; (III) disponer la extensión de los plazos legales y/o contractuales; y (IV) aplicar el régimen sancionatorio previsto en la Ley N17.319 y su reglamentación (sanciones de multa, suspensión en los registros, caducidad y cualquier otra sanción prevista en los pliegos de bases y condiciones o en los contratos)...²³

Las facultades administrativas otorgadas a las provincias concuerdan con lo establecido por los artículos 124 y 75 de la Constitución Nacional siempre que se entienda y respete que la autoridad regulatoria le pertenece al Estado Nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo esta postura en distintas oportunidades: “la reforma introducida a la ley 17319 por la sanción de la ley 26197...deja en claro que la transferencia se hará efectiva ...Asimismo, reafirma que el Poder Ejecutivo Nacional conserva la responsabilidad por el diseño de la política energética a nivel federal”²⁴. Al mismo tiempo el considerando 5 del Decreto N1454/07 establece: “[q]ue la Ley N17.319 sólo puede ser reglamentada por el PODER EJECUTIVO NACIONAL, sin perjuicio del

²³ Poder Legislativo de la Nación Argentina (2006, 6 de diciembre), Ley 26.197 Ley Corta.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/03/2009, “Apache Energía S.R.L v Provincia de Río Negro” citado por Pigretti, “Régimen Jurídico del petróleo”, 52.

carácter de Autoridad de Aplicación que la Ley 26.197 ha otorgado a las Provincias, respecto de las concesiones y permisos otorgados en sus respectivos territorios”²⁵. A lo largo del tiempo, a pesar de las repetidas ocasiones en las que la Corte señaló la titularidad de las diferentes potestades, las provincias han violado los artículos de la Constitución Nacional regulando a través de leyes propias en materia de hidrocarburos. La falta de una ley nacional clara, consistente y actualizada en materia de hidrocarburos; los nuevos hallazgos; los intereses políticos y económicos en juego han generado un caos normativo en el cual cada actor vela por sus intereses particulares creando normas y modificando la existente a su favor. Son múltiples los casos en los cuales se pueden observar y comprobar las contradicciones y superposiciones de normativa provincial y nacional. Se podrían enumerar un sin fin de casos, pero se dejarán en evidencia algunos para comprobar el punto en cuestión.

Para citar algunos ejemplos: Mendoza: Ley 7526 regula por encima de la Ley 17.319 estableciendo permisos, concesiones, plazos y la aplicación supletoria de dicha norma; Neuquén: 2453 regula por encima de la Ley 17.319 y su reglamentación, constituyen plazos; San Juan: Ley 7620, establece que la ley 17.319 y su reglamentación, constituyen la legislación de fondo en materia de hidrocarburos, en un todo de acuerdo con el artículo 75, inc. 12, CN al mismo tiempo dispone que aquellas normas son de aplicación supletoria en materia procedimental; San Luis: Ley VIII-541-2006 regula por encima de la Ley 17.319, permisos, concesiones, plazos y establece la aplicación supletoria de dicha norma²⁶.

La multiplicidad de leyes y decretos provinciales y nacionales ha creado una situación propicia para los conflictos y abusos. No sólo se han creado diversas normas contradictorias, sino que también las provincias han desarrollado sus propias empresas petroleras provinciales para alcanzar sus objetivos. En este contexto nebuloso resulta impensable atraer inversión extranjera u nacional fidedigna. Para evaluar un permiso de exploración o una concesión de explotación, es menester tener en claro: las normas válidas bajo las cuales se regirán dichos contratos, los títulos bajo los cuales se otorgarán los derechos, la autoridad de aplicación, y el rol del gobierno provincial y nacional, sin

²⁵ Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (2007, 11 de octubre), Decreto 1454/2007 “Canon de Exploración y Canon de Explotación. Fíjense los nuevos valores de canon hidrocarburífero”.

²⁶ Pigretti, “Régimen jurídico del petróleo”, p53.

estas pautas claras es difícil pensar en desarrollo sostenible en materia hidrocarburífera a largo plazo.

Tercera etapa: La soberanía hidrocarburífera

Luego de años de una decreciente producción petrolífera, de confusión normativa y de aumentos en la importación de combustibles, a inicios del 2012 integrantes de la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (OFEPHI) se reúnen junto a representantes del gobierno nacional para alinear los intereses y planificar la política energética a seguir de acuerdo a los lineamientos del artículo 124 de la Constitución Nacional y la Ley Corta 26.197. Los encuentros dieron fruto al “Acuerdo Federal de los hidrocarburos”, los principales objetivos establecidos en el acuerdo fueron:

- 1) la fijación del autoabastecimiento como principio rector de la política de Estado en materia de hidrocarburos;
- 2) la exigencia hacia las empresas concesionarias de elevar los flujos de inversión en exploración y producción;
- 3) la exploración de la totalidad de los territorios otorgados por los permisos y concesiones
- 4) la reversión inmediata de permisos y concesiones cuando se compruebe desinversión o caídas injustificadas de producción;
- 5) incentivar la participación de terceras empresas;
- 6) el ejercicio estricto de control ambiental;
- 7) el establecimiento de planes de inversión con metas concretas de volúmenes de producción;
- 8) la aceleración de los procesos de medición;
- 9) el fomento de la incorporación de recursos humanos locales en el proceso productivo;
- 10) el establecimiento y comunicación por parte de las provincias de las inversiones mínimas necesarias para cumplir con las metas que maximicen los volúmenes de producción sustentable;
- 11) la sustitución de importaciones de hidrocarburos;
- 12) exigir a las refinadoras un plan de distribución y comercialización justo de combustibles y derivados;

- 13) la realización de inversiones necesarias por parte de las operadoras y refinadoras para aumentar las capacidades de refinación en las plantas existentes; y
- 14) la exigencia de que los beneficios otorgados por el Estado en la provisión de combustibles a determinadas regiones lleguen de manera integral a quienes estén dirigidos.

Como indica Alfredo Vítolo²⁷ el Acuerdo, fue un intento correcto de hacer realidad el “federalismo de concertación” explicado por Bidart Campos como

un modo y una técnica de encarar los problemas que rondan el reparto de competencias, a las que ya no se interpreta como solitarias e inconexas, sino como concertables coordinadamente. No se trata, en cambio, de alterar el reparto constitucional, porque las competencias derivadas de él no resultan susceptibles de transferencia, delegación ni intercambio pactado. Se trata, sí, de no aislar ni oponer competencias, sino de coordinarlas²⁸.

El acuerdo fue un gran paso hacia la coordinación entre las provincias y la Nación en materia hidrocarburífera, pero resulta necesario destacar que dicho Acuerdo no tiene carácter de norma jurídica vinculante. Para que el Acuerdo adopte tal carácter es menester que sea aprobado por las legislaturas provinciales y por el Congreso de la Nación, así lo exigen todas las provincias integrantes de la OFEPHI, sin dicha aprobación carece de legitimidad. De este modo el Acuerdo, es simplemente una muestra de acercamiento, pero no una muestra legalmente legítima de consenso.

Es de gran importancia para la comprensión del desenvolvimiento posterior de los hechos, analizar el contenido de los considerandos del acuerdo. En ellos, es posible presagiar las futuras acciones implementadas. En los considerandos se destaca que los insuficientes niveles de inversión han causado caídas de producción de petróleo y gas, del 18% y 11% respectivamente. En el mismo orden, se señala que dichas caídas han generado una significativa merma en concepto de regalías que los Estados Federales perciben por la menor productividad. Por otra parte, la importación de combustibles, que las empresas podrían producir en el país, ha causado un fuerte impacto fiscal por las divisas comprometidas. El acuerdo señala como principal responsable del atraso

²⁷ Alfredo Vítolo, “El valor constitucional de los límites a las potestades provinciales en la nueva ley de hidrocarburos”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, no. 5 (Mayo-Julio 2015): 142.

²⁸ Germán J Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*.

Germán J Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires: Ediar, 1998) tomo I, 469, citado por Vítolo “El valor constitucional”, 142.

energético a YPF “teniendo a YPF como principal responsable global (perdió 30% y 35% de la producción propia respectivamente) y particularmente en la pérdida de gas en varias provincias de Argentina”²⁹. A su vez, destaca que a pesar de los sucesivos anuncios de hallazgos de hidrocarburos no convencionales y de los pedidos de planificación estratégica de inversiones por parte del Estado Nacional, YPF no ha desarrollado un plan concreto sustentable y creíble de producción y sus anuncios parecen apuntar más a una “especulación bursátil”³⁰.

Luego del encuentro y la elaboración del acuerdo se sucedieron una serie de áreas revertidas a YPF S.A. Entre los meses de marzo y abril las provincias Chubut, Mendoza, Neuquén, Salta, Santa Cruz y Río Negro decidieron poner fin a ciertas concesiones. Dichos sucesos anticipaban la acción de fondo a tomar; el 16 de abril de 2012 el Poder Ejecutivo Nacional anunció el proyecto de ley en el cual se establecía la expropiación del 51 % de las acciones que se encontraban en poder de la empresa española Repsol S.A. Luego de un breve paso por la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados, el 3 de mayo de 2012 la expropiación del 51% del capital social de YPF se convirtió en la Ley 26.471, promulgada al día siguiente mediante el Decreto 660/12.

La expropiación de YPF marcó un antes y un después no sólo en materia energética sino en lo que sería el modelo económico y político a seguir durante la próxima década en la Argentina. La expropiación es la restricción más importante que existe al derecho de propiedad, basada en el bien común y la función social de la propiedad. Se encuentra autorizada por la Constitución Nacional, siempre y cuando haya existido declaración previa de utilidad pública. Para que la expropiación sea regular deben cumplirse determinados requisitos determinados en la ley 21.499. En primer lugar, debe tener como fundamento legal el interés público, los casos deben procurar la satisfacción del bien común sea este de naturaleza material o espiritual. En este caso, el interés público dio el sustento legal para la expropiación. Pero, a su vez, se fundamenta el caso en el no cumplimiento de disposiciones de la Ley de Hidrocarburos 17319 de 1967. He aquí una de las tantas cuestiones controversiales de la expropiación. La ley 17319 que otorga las

²⁹ Acuerdo Federal de los Hidrocarburos, (2012, febrero), N° 3. Disponible en: http://www.ambito.com/diario/aw_documentos/archivospdf/2005/id_doc_5770.pdf (última consulta: 16/06/2017).

³⁰ Acuerdo Federal de los Hidrocarburos, (2012, febrero), N° 3. Disponible en: http://www.ambito.com/diario/aw_documentos/archivospdf/2005/id_doc_5770.pdf (última consulta: 16/06/2017).

concesiones establece una serie de requisitos, que de no ser cumplidos dan lugar a la caducidad de las áreas concesionadas. Entre los requisitos se establece en su artículo 31:

Todo concesionario de explotación está obligado a efectuar, dentro de plazos razonables, las inversiones que sean necesarias para la ejecución de los trabajos que exija el desarrollo de toda la superficie abarcada por la concesión (...) asegurando la máxima producción de hidrocarburos compatible con la explotación adecuada y económica del yacimiento y la observancia de criterios que garanticen una conveniente conservación de las reservas³¹.

Por otra parte, el artículo 80 establece,

Las concesiones o permisos caducan: (...) c) Por incumplimiento sustancial e injustificado de las obligaciones estipuladas en materia- de productividad, conservación, inversiones, trabajos o ventajas especiales³².

Por último, el artículo 37 indica que,

La reversión total o parcial al Estado de uno o más lotes de una concesión de explotación comportará la transferencia a su favor, sin cargo alguno, de pleno derecho y libre de todo gravamen de los pozos respectivos con los equipos e instalaciones normales para su operación y mantenimiento y de las construcciones y obras fijas o móviles incorporadas en forma permanente al proceso de explotación en la zona de la concesión³³.

He aquí un aspecto fundamental a analizar, el incumplimiento de la Secretaría de Energía, pues era su función controlar el cumplimiento de los planes de trabajo y monto de inversiones que las empresas concesionarias presentaban³⁴. Es importante aclarar esta cuestión, para visualizar las omisiones por parte del Estado, sería erróneo e imparcial responsabilizar solamente a una empresa privada como principal agente causante del retroceso en materia energética nacional. Son múltiples los entes responsables de la situación a la que se arribó. Pero más allá de esto, y los diversos cuestionamientos que puedan surgir, es el interés público de la generación presente y de las generaciones futuras, el norte que se debería perseguir a la hora de decidir sobre nuestra política hidrocarburífera.

³¹ Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (1967, 23 de junio), Ley de Hidrocarburos 17.319.

³² Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (1967, 23 de junio), Ley de Hidrocarburos 17.319.

³³ Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (1967, 23 de junio), Ley de Hidrocarburos 17.319.

³⁴ Art 32 “el concesionario someterá a la aprobación de la autoridad de aplicación los programas de desarrollo y compromisos de inversión correspondientes a cada uno de los lotes de explotación...” Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (1967, 23 de junio), Ley de Hidrocarburos 17.319.

En segundo lugar, la expropiación debe hacerse sobre bienes determinados, deben ser individualizados, y puede ser general u específica pero nunca sobre universalidades. En tercer lugar, la expropiación debe ser calificada previamente por ley, el Congreso debe aprobar la justificación de la expropiación, es una garantía constitucional en defensa de la inviolabilidad de la propiedad. La utilidad es la causa y el fin de la expropiación, y quien califica dicha utilidad es el Congreso. Por último, pero no por ello menos importante, debe existir indemnización previa y justa (resarcir el daño causado). La indemnización está compuesta por el valor objetivo del bien, el valor del bien más los daños que se produzcan con la expropiación. No importa el valor subjetivo ni el lucro cesante. El monto del valor debe fijarse al momento de dictar sentencia.

La forma en que fue llevada a cabo la expropiación dio lugar a múltiples cuestionamientos. La ley 26.741 declara en su artículo 1,

de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones.³⁵

Cumpliendo de esta forma uno de los requisitos exigidos para poder expropiar. Por otra parte, establece los principios por los cuales se regirá la política hidrocarburífera del país.

A su vez, la ley establece la creación de un Consejo Federal de Hidrocarburos integrado por los titulares del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y el Ministerio de Industria y las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de los representantes que cada una de ellas designen. Las funciones del Consejo serían promover la actuación coordinada del Estado nacional y los Estados provinciales, a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la presente; y expedirse sobre toda otra cuestión vinculada al cumplimiento de los objetivos de la presente ley y a la fijación de la política hidrocarburíferas de la República Argentina, que el Poder Ejecutivo Nacional someta a su consideración.

³⁵ Poder Legislativo de la Nación Argentina (2012, 3 de mayo), Ley 26.741 Yacimientos Petrolíferos Fiscales.

Con el supuesto fin de garantizar los objetivos planteados en la ley, se establece la expropiación del 51% del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol S.A sus controlantes o controladas en forma directa o indirecta. Y el 51% del patrimonio de Repsol YPF GAS S.A. representado por las acciones clase A de dicha empresa pertenecientes a Repsol Butano S.A, sus controlantes o controladas.

La primera pregunta que surge es ¿por qué la totalidad de la expropiación recayó en el patrimonio de Repsol y no en otros, recuperando así el 100% de la empresa? Hay preguntas que surgen e irán surgiendo a lo largo de esta investigación que no pueden ser contestadas con certeza absoluta. Esta es una de ellas. Pero sí, se puede, tratar de entender los factores determinantes de las decisiones tomadas. En este caso, al expropiar solamente a Repsol se logra controlar a la empresa y evitar posibles litigios con otros accionistas.

El siguiente aspecto controversial surge de la distribución de las acciones entre el Estado Nacional y los Estados Provinciales. La ley establece que el 51% de las acciones sujetas a expropiación pertenecerán al Estado Nacional y el 49% se distribuirá entre las provincias integrantes de la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos. Se establece como parámetro de distribución equitativa entre las provincias: los niveles de producción de hidrocarburos y reservas comprobadas en cada una de ellas. Dicho parámetro de distribución otorga acciones a las 10 provincias pertenecientes a la OFEPHI, cuando en realidad, REPSOL YPF tiene presencia como operadora en Mendoza, Neuquén, Chubut, Santa Cruz, y Río Negro. Por otra parte, siguiendo el parámetro establecido por la Ley se le niega la coparticipación a través de las acciones a las provincias que a pesar de no ser productoras al momento de la expropiación sí tienen destilerías, y plantas de almacenamientos.

Para garantizar la continuidad operativa de la actividad hidrocarburífera de la sociedad la ley establece que el Poder Ejecutivo Nacional ejerza todos los derechos que las acciones expropiadas confieren. Se faculta al Poder Ejecutivo Nacional y al Interventor de YPF Sociedad Anónima y Repsol YPF GAS S.A a adoptar todas las acciones necesarias para garantizar la actividad de las empresas, la preservación de los activos y el abastecimiento de los hidrocarburos. En este punto, es menester recalcar que durante años el Estado Nacional tuvo al menos un Director en YPF, que además contaba

con derechos especiales y poder de veto. Es decir, desde 1999 hasta la expropiación el Estado tuvo una voz facultada para oponerse a la gestión, pero no lo hizo³⁶.

Con respecto a la continuidad jurídica y de gestión de YPF S.A. y Repsol YPF GAS S.A. ambas siguen operando como sociedades anónimas abiertas, esto implica que no se les aplica la normativa administrativa respecto a empresas en las cuales el Estado nacional o los Estados provinciales tenga participación³⁷. Esta estructura societaria, le permite a la empresa obviar la intervención de la Auditoría General de la Nación, y de la Sindicatura General de la Nación. Al no transformarse en Empresa del Estado se evitan múltiples controles positivos, como por ejemplo el de informar acerca de las operaciones realizadas, las condiciones de contratación, y el comportamiento de sus directivos. Por otra parte, se permite que YPF acuda a “fuentes de financiamiento externas e internas y a la concertación de asociaciones estratégicas, *joint ventures*, uniones transitorias de empresas y todo tipo de acuerdos de asociación y colaboración empresaria con otras empresas públicas, privadas o mixtas, nacionales o extranjeras”³⁸.

El objetivo central que impulso las políticas adoptadas por el gobierno kirchnerista fue lograr el autoabastecimiento hidrocarburífero del país. La expropiación fue el medio elegido por el gobierno para alcanzar dicho objetivo, y he aquí una gran incógnita en la estrategia si lo que se buscaba era garantizar la independencia energética. Al momento de la expropiación, REPSOL YPF sólo producía el 34,3% del petróleo y el 23% del Gas Natural, por lo tanto intentar lograr el autoabastecimiento nacional controlando parte de esta empresa fue y es una gran falacia. Por otra parte, permitir que la empresa continúe actuando como una Sociedad Anónima da lugar a posibles actos de corrupción e implica resignar a mayores controles por parte de organismos independientes y objetivos externos

³⁶ “El accionar de sus representantes en el Directorio de YPF durante 9 años siguió ese camino. Nunca criticaron la gestión, por el contrario la alababan. Así fue hasta fines de 2011, recién este año el director Baratta se opuso al giro de utilidades. La contradicción del Relato no es sólo respecto a un pasado escondido sino en el mismo presente, con el viceministro Kicillof afirmando que han sido “amigos de Repsol” cuando “iban en la dirección adecuada”, mientras que la Ley votada indica que el vaciamiento fue “progresivo” desde 1999” Lucas Tabaschek, “YPF desde los 90’ como es De Vido”, *Plaza de Mayo. com*, (4/05/2012) <http://www.plazademayo.com/2012/05/ypf-desde-los-90-como-es-de-vido/> (última consulta: 15/06/2017).

³⁷ Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (1955, 23 de marzo), Decreto 4053 Sobre régimen legal de funcionamiento de empresas del estado.

³⁸ Víctor Bravo, *Análisis de la Ley 27.007, llamada de hidrocarburos, y de la política hidrocarburífera del período 2003 a 2014* (Argentina: Fundación Bariloche, 2015), 30.

a la Empresa. A su vez, si el accionar de REPSOL, fue como se dice, la principal causa de retroceso en materia energética, ¿cómo es posible que se permita acudir a distintas fuentes de financiamiento y a la asociación con otras empresas públicas, privadas o mixtas? ¿Qué medidas se adoptarán para que no se repita la historia, y se termine reemplazando a REPSOL por otra empresa similar? ¿En base a qué se harán las correspondientes asociaciones? ¿Con qué objetivos, y por qué? Estas son algunas de las preguntas que naturalmente surgen ante la expropiación, y que parecen no tener respuesta por parte del Estado. Considero que expropiar debió ser tan sólo un eslabón de la cadena de acciones que se debieron haber planteado. Antes de expropiar se debería haber planteado qué se haría con la empresa, cuáles serían sus objetivos, y planes de acción para obtenerlos. Es decir, falta un análisis previo.

El 25 de julio del 2012, se sanciona el decreto 1277/2012, reglamentando la ley 26.741. En el decreto se constituye el “Reglamento del régimen de soberanía hidrocarburífera de la república Argentina” en el cual se crea el PLAN NACIONAL DE INVERSIONES HIDROCARBURIFERAS, que tiene como ejes estratégicos:

incremento y la maximización de las inversiones y de los recursos empleados en exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos para garantizar el autoabastecimiento y la sustentabilidad de la actividad en el mediano y largo plazo; la integración del capital público y privado, nacional e internacional, en alianzas estratégicas dirigidas a la exploración y explotación de hidrocarburos convencionales y no convencionales; la promoción de la industrialización y la comercialización de los hidrocarburos con alto valor agregado; y la protección de los intereses de los consumidores relacionados con el precio, calidad, y disponibilidad de los derivados de hidrocarburos³⁹.

Con el fin de implementar el plan, se crea la “Comisión de planificación y coordinación estratégica del plan nacional de inversiones hidrocarburíferas”, integrada por un representante de la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, un representante de la Secretaría de Energía del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y un representante de la Secretaria de Comercio Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. He aquí la primera crítica a dicha Comisión, no hay participación alguna de los representantes de las provincias, cuando deberían ser actores claves en dicha

³⁹ Poder Ejecutivo de la Nación Argentina (2012, 25 de julio), Decreto 1277 Reglamento del Régimen de Soberanía Hidrocarburífera de la República Argentina.

entidad, siendo la exploración y la explotación de los hidrocarburos de su exclusivo dominio.

Las principales competencias de la Comisión eran:

- a) Elaborar y aprobar anualmente el Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas.
- b) Llevar el REGISTRO NACIONAL DE INVERSIONES HIDROCARBURIFERAS a través de su Secretaría Administrativa, y disponer las altas, suspensiones y bajas en él.
- c) Establecer los requisitos formales de inscripción en el REGISTRO.
- d) Solicitar información técnica, cuantitativa, económica y toda aquella que fuese relevante para el cumplimiento de sus funciones, a los sujetos que realicen actividades de exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos y combustibles, así como también a entidades o reparticiones públicas.
- e) Establecer los criterios que deberán respetar los Planes Anuales de Inversiones a los fines de garantizar la conveniente conservación de las reservas.
- f) Evaluar los Planes Anuales de Inversiones de cada empresa, verificando su consistencia y adecuación con el Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas.
- g) Solicitar por decisión fundada la presentación de un nuevo Plan Anual de Inversiones, que se ajuste a los requerimientos del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas.
- h) Auditar y fiscalizar el cumplimiento del Plan Anual de Inversiones de cada empresa.
- i) Establecer los grados de utilización mínimos para las refinadoras primarias o secundarias.
- j) Auditar y fiscalizar en forma permanente el cumplimiento de las especificaciones que deben cumplir los combustibles que se comercialicen para consumo en el Territorio Nacional.
- k) Adoptar las medidas de promoción, fomento y coordinación que estime necesarias para el desarrollo de nuevas refinerías en el territorio Nacional, que permitan garantizar el crecimiento de la capacidad de procesamiento local de acuerdo a las metas y exigencias del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas.

l) Establecer los criterios que regirán las operaciones en el mercado interno de hidrocarburos, a los fines de asegurar precios comerciales razonables.

m) Publicar precios de referencia de cada uno de los componentes de los costos y precios de referencia de venta de hidrocarburos y combustibles, los cuales deberán permitir cubrir los costos de producción atribuibles a la actividad y la obtención de un margen de ganancia razonable.

n) Auditar y fiscalizar en forma periódica la razonabilidad de los costos informados por los productores y los respectivos precios de venta⁴⁰, como una de sus primeras medidas al asumir.

La sanción del decreto 1277 generó duras críticas por parte de la oposición y se planteó su posible inconstitucionalidad⁴¹. En primer lugar, y de mayor gravedad constitucional, el decreto viola el artículo 31 de la Constitución Nacional al derogar normativas de mayor jerarquía, como las que otorgan el marco regulatorio del sector. A su vez, viola los derechos adquiridos por las provincias, titulares de sus recursos naturales, a través de la incorporación del artículo 124 de la Constitución Nacional. Los derechos adquiridos por las provincias son menoscabados por los controles impuestos mediante la Comisión de Planificación. Las excesivas facultades otorgadas a la Comisión hacen de esta la nueva titular de los recursos naturales, quitándole a las provincias todo poder de decisión sobre algo que constitucionalmente les pertenece. Por otra parte, el decreto establece nuevas exigencias como el registro obligatorio de todas las empresas del sector en un nuevo Registro de Inversiones para su mayor control y a su vez le otorga a la Comisión la facultad de corregir cuestiones como el precio, la calidad y disponibilidad de los hidrocarburos. A su vez, prevé ante cualquier incumplimiento la suspensión o baja del registro e incluso la notificación a la Administración Federal de Ingresos Públicos y a las autoridades jurisdiccionales correspondientes, de este modo se viola el principio de legalidad, la Corte Suprema ha expuesto sucesivamente, como en el caso Mouviel⁴², que toda sanción debe tener sustento previo en una ley formal.

⁴⁰ Comisión de Planificación y Coordinación estratégica del plan nacional de inversiones hidrocarburíferas (2012, 8 de agosto), Resolución 1/2012.

⁴¹ Ricardo Gil Lavedra, "Un decreto inconstitucional," La Nación, 8 de agosto de 2012, sección Opinión. <http://www.lanacion.com.ar/1496865-un-decreto-inconstitucional> (última consulta: 15/06/2017).

⁴² "En el sistema representativo republicano de gobierno adoptado por la Constitución y que se basa en el principio de la división de los poderes, el legislador no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en

Resulta importante no olvidar que dichas incorporaciones y violaciones son realizadas en el marco legal de un decreto. Los decretos reglamentarios son jerárquicamente inferiores a las leyes, su contenido debe adecuarse al de su ley madre. El objetivo del decreto reglamentario es otorgar los detalles necesarios para asegurar la concreción y aplicación de la ley más no legislar sobre ella o interferir en materias que legítimamente no corresponden. La violación primaria realizada a través del decreto 929/2013 es bien sintetizada por Hugo Prieto (2015) al afirmar:

la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional solo puede alcanzar al dictado de normas para asegurar o facilitar la aplicación de la ley pero, a partir del reconocimiento de la titularidad del dominio de los yacimientos de hidrocarburos a las provincias, no puede comprender el dictado de normas reglamentarias (que son de carácter administrativo) vinculadas a la ejecución de la ley porque ese cometido le corresponde a la autoridad de aplicación, sujeta al derecho administrativo local⁴³.

El 15 de julio de 2013, se publica el Decreto 929/2013 en el Boletín Oficial. Un día después se anuncia una alianza entre YPF S.A. y la empresa norteamericana Chevron para el desarrollo de la producción de hidrocarburos no convencionales en un área concesionada de YPF S.A. en la provincia de Neuquén. ¿Mera casualidad? ¿O un decreto facilitador? El decreto 929 le permite a los sujetos inscriptos en el Registro Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas que sean titulares de permisos de exploración y/o concesiones de explotación y/o terceros asociados a tales titulares y que inviertan U\$S 1.000.000.000 durante 5 años, a partir del quinto año a comercializar libremente en el mercado externo el 20% de la producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos producidos con una alícuota del cero por ciento de esos derechos de exportación. Y tendrán la libre disponibilidad del 100% de las divisas provenientes de la exportación de tales hidrocarburos. Previo a la sanción del decreto, se impedía a las empresas el giro de dividendos al exterior y se aplicaban derechos de exportación a los hidrocarburos⁴⁴. El decreto prevé que en los períodos en que la producción nacional no alcance a cubrir las

reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas pues ello importaría la delegación de facultades que son por esencia indelegables. Tampoco puede el Poder Ejecutivo, so pretexto de facultad reglamentaria, sustituirse al legislador y dictar, en rigor, la ley previa que requiere el artículo artículo 18 de la Constitución” C.S.J.N., “Mouviel, Raúl Oscar y otros s/desórdenes”, 1957. Fallo 237:636. <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mouviel-raul-oscar-otros-desordenes-fa57000000-1957-05-17/123456789-000-0007-5ots-eupmocsollaf> (última consulta: 15/06/2017).

⁴³ Prieto, “Competencia provincial,” 104.

⁴⁴ Ministerio de Economía y Producción (2007, 15 de noviembre), Resolución 394/2007.

necesidades internas de autoabastecimiento el estado podrá disponer de las exportaciones, pero las petroleras cobrarán por dicha porción un precio no inferior al precio de exportación de referencia. A su vez, tendrán un derecho prioritario a obtener divisas de libre disponibilidad a través del Mercado Único y Libre de Cambios por hasta un 100% del precio obtenido por la comercialización interna del porcentaje de hidrocarburos susceptibles de exportación. Como afirma Jorge Lapeña, presidente del Instituto Argentino de la Energía General Mosconi y ex secretario de Energía entre 1983 y 1988 en una nota

el decreto parece ser un traje a medida para los que van a firmar ese contrato, cuyas cláusulas no conocemos. Esto habla de un cierto secreto de la cuestión. Tiene una gran pretensión, que es lanzar un régimen de promoción de la actividad de explotación hidrocarburífera. Esto es una política con mayúsculas, que no se puede lanzar por un decreto del que se entera por el Boletín Oficial⁴⁵.

Son diversos los especialistas en materia energética quienes coinciden con Lapeña.

Por otra parte, el Decreto introduce el nuevo tipo de concesión de explotación que nos concierne: la de los hidrocarburos no convencionales. En el decreto se definen los hidrocarburos no convencionales, y se permite a los sujetos ya titulares de permisos de exploración y/o concesiones de explotación el derecho a solicitar una concesión de explotación no convencional de hidrocarburos. Resulta contradictorio limitar el nuevo tipo a los operadores existentes si lo que se busca son nuevos inversores. Como hemos visto, la explotación de los hidrocarburos no convencionales conlleva múltiples especificaciones y consideraciones que no debieran ser impuestos en forma expeditiva a través de un simple decreto. La temática merece el análisis previo por parte de profesionales en materia energética, económica y ambiental. Bienvenida sea la apertura a nuevas inversiones y la regulación de los hidrocarburos no convencionales pero a través de los medios adecuados, y no de forma intempestiva sin prever las consecuencias que dichos actos pueden generar.

La situación se agrava cuando en una de esas dos empresas el Estado es el accionista mayoritario. Las condiciones de negociación y de los contratos se mantuvieron en secreto y no fueron de conocimiento público, el argumento respaldatorio, fue que se trataba de dos empresas privadas negociando y que les es aplicable el secreto comercial. He aquí

⁴⁵ Infobae, “El decreto Chevron deja más dudas que certezas entre los especialistas”, 16 de julio 2013, sección economía. <http://www.infobae.com/2013/07/16/720427-el-decreto-chevron-deja-mas-dudas-que-certezas-los-especialistas/> (última consulta: 15/6/2017).

nuevamente donde se puede observar la importancia del cambio de tipo societario para YPF S.A, de ser una empresa estatal no cabría duda alguna de que las condiciones debieran ser de conocimiento público, aun así perteneciendo el 51% al Estado resulta más que controversial que no sea público al menos para los legisladores. ¿Qué garantías hay de que el convenio sea beneficioso no sólo para las empresas “privadas” sino para el país? Ninguna. Sólo se sabe que el acuerdo es sobre 380 kilómetros cuadrados de Vaca Muerta, que el compromiso de inversión es de 1240 millones de dólares y que un día antes de hacerlo público se dictó un decreto a medida de la ocasión.

Cuarta etapa: La Ley 27.007

El 29 de octubre de 2014, se corona la política hidrocarburífera planteada por el gobierno kirchnerista y se arraigan las modificaciones legales con la sanción de la ley 27.007. Es fundamental para el análisis de dicha ley entender el contexto y la forma en que se llevó a cabo su aprobación. Al momento de su sanción no existían dudas de la necesidad de revisar el régimen hidrocarburífero vigente, y de la creación de una ley actualizada y concordante con las necesidades del presente en especial en materia de hidrocarburos no convencionales. Pero, el modo en que fue llevada a cabo la aprobación de dicha ley se alejó del debate legislativo de la envergadura necesaria y esperada en una materia trascendental para el futuro del país. Es clara la descripción ofrecida por Alfredo Vítolo de los sucesos ocurridos en el Congreso durante la aprobación de dicha ley,

lejos de pretender haber sido una discusión de ideas entre los representantes del pueblo y los representantes de las autonomías provinciales, con la intención de alcanzar acuerdos de largo plazo, se limitó a una sucesión de exposiciones fuertemente ideologizadas, y sin que la mayoría oficialista en cada Cámara recogiera en el texto definitivo de la ley propuesta o sugerencia alguna de la oposición⁴⁶.

Coincidente resulta la opinión del actual Ministro de Energía Aranguren, en su momento presidente de Shell,

asegurar que hubo debate porque el Poder Ejecutivo Nacional (liderado por YPF S.A.) discutió con los gobernadores de las provincias petroleras el proyecto de reforma y ahora esté sujeto a discusión y negociación (sic) parlamentaria ya no es una muestra de voluntarismo sino de hipocresía, al menos si se considera el tiempo y el esfuerzo dedicado a ese cometido y la casi nula consulta efectuada a otros agentes económicos y conocedores del tema⁴⁷.

⁴⁶ Vítolo “El valor constitucional”, 140.

⁴⁷Clarín, “Duras críticas del titular de Shell al proyecto de ley de hidrocarburos”, 21 de octubre 2014, sección Economía. <http://www.ieco.clarin.com/economia/aranguren-shell-hidrocarburos-ley->

Respecto al tiempo resulta llamativa e insólita la velocidad con la que fue aprobada la ley. En un contexto de fuertes críticas por parte de la oposición, de falta de debate legislativo, y falta de consulta a los principales actores de la industria, la celeridad con la que fue aprobada no contribuye a la creación de una sólida y a largo plazo política hidrocarburífera para el país.

La ley no plantea una nueva política hidrocarburífera integral sino que es una mera modificación de la vetusta ley 17.319. A su vez, resulta importante entender que las modificaciones planteadas a través del decreto 929, no otorgan las suficientes garantías dado el instrumento legal utilizado. Al convertir dichas modificaciones en ley, se solidifican las modificaciones y se le garantiza a los beneficiarios que dichas modificaciones no se cambiarán tan fácilmente, como se podría hacer a través de un decreto⁴⁸. Así como el decreto 929, fue motorizado por un acuerdo privado con Chevron, la ley 27.007 viene a sentar las bases para que puedan realizarse más de este tipo con otras empresas petroleras. Como afirma Silvia Ferreyra:

La fuerza motora de la reforma a la ley de hidrocarburos tiene nombre: Vaca Muerta, y un antepasado inmediato que aporta el apellido: el acuerdo firmado entre YPF y Chevron un año atrás. La ley incorpora los principales puntos del decreto presidencial que le dio marco al acuerdo, pero sobre una base de inversión cuatro veces menor⁴⁹.

[criticas-hipocresia_0_1234076746.html](#) (última consulta: 15/06/2017).

⁴⁸ “Las multinacionales, sobre todo las que tienen acuerdos secretos con YPF -es decir, Chevron, Dow Chemical y Petrobras-, dicen “bueno, es muy lindo el decreto 929 de Julio de 2013, nos da beneficios que no nos dan en ninguna parte del mundo, pero si después de 2015 viene otro gobierno que no está de acuerdo, en un día cambia el decreto y perdemos los beneficios”. Un decreto puede caer por modificación, derogación, o por otro decreto. ¿Qué exigieron las multinacionales? Una ley que las proteja. Entonces el decreto 929 y el 927 se convirtieron en ley. El kirchnerismo supone que luego de las elecciones nadie va a tener mayoría absoluta en la cámara de diputados y menos aún en la cámara del senado. Por ende, va a ser difícil que se cambie esta nueva ley. El decreto, en cambio, lo podrían cambiar fácilmente” Facundo Guillén, “Argentina: Félix Herrero: La nueva ley de hidrocarburos traiciona todos los principios de intereses nacionales sobre el petróleo”, Resumen Latinoamericano, 23 noviembre 2014. Disponible en <http://www.resumenlatinoamericano.org/2014/11/25/argentina-felix-herrero-la-nueva-ley-de-hidrocarburos-traiciona-todos-los-principios-de-intereses-nacionales-sobre-el-petroleo/> (última consulta: 15/06/2017).

⁴⁹ Silvia Ferreyra, “Nueva Ley de Hidrocarburos: Argentina merece una nueva página en materia de energía”, Observatorio Petrolero Sur, 29 de octubre 2014. <http://www.opsur.org.ar/blog/2014/10/29/nueva-ley-de-hidrocarburos-argentina-merece-una-nueva-pagina-en-materia-de-energia/> (última consulta: 15/06/2017)

Pero, para comprobar dicha afirmación es menester realizar un análisis profundo de las modificaciones, sus consecuencias e impactos en Vaca Muerta.

A continuación, se describirán y se analizarán las principales modificaciones a la Ley de Hidrocarburos.

a) Concesión de Explotación No Convencional

Se formalizan con rango legal, manteniendo la misma definición, las concesiones de explotación no convencional, creadas por el Decreto N929/13. Las concesiones no convencionales pueden ser solicitadas por el titular de un permiso de exploración o por un concesionario. En este último caso el concesionario de explotación podrá requerir la subdivisión en nuevas áreas de explotación convencional. El titular de una explotación no convencional, que a su vez sea titular de una concesión convencional adyacente y anterior, podrá solicitar la unificación de ambas como única concesión de explotación no convencional. Pero, la primera área, es decir, la concesión convencional originaria, seguirá vigente por los plazos y en las condiciones previamente existentes. Por otra parte, se les permite a los titulares de concesiones no convencionales desarrollar actividades complementarias de explotación convencional de hidrocarburos. Dichas distinciones entre áreas y explotaciones implican la necesidad de mayores controles por parte de la Autoridad de Aplicación, este tipo de permisos y liberalidades como la posibilidad de desarrollar actividades “complementarias” de explotación convencional en áreas no convencionales pueden dar lugar a abusos por parte de los titulares. ¿Cómo se definirá la “complementariedad” de la actividad? ¿Qué parámetros se utilizarán? ¿Cómo se controlará? Estas son algunas de las inquietudes que surgen naturalmente ante este tipo de autorizaciones. La incorporación en la ley de este tipo de concesiones permite que otras empresas, además de Chevron, puedan acceder también a los beneficios pautados en forma privada por ambas empresas.

b) Plazos de los permisos de Exploración

Se acortan los plazos de exploración y se hacen distinciones para los distintos objetivos. Para la exploración convencional se divide el plazo básico en 2 períodos de

hasta 3 años cada uno más una prórroga facultativa por hasta 5 años. De esta manera se reduce de 14 a 11 años la fase exploratoria. Para la exploración no convencional se divide el plazo en 2 períodos de 4 años más una prórroga de 5 años, la fase total puede durar hasta 13 años. Al final del primer período el titular puede revertir el área o iniciar el segundo período de exploración, pero para ello, es menester haber cumplido con las obligaciones establecidas en el primer permiso. Resulta sumamente lógico la reducción en los plazos de exploración, los avances tecnológicos realizados desde 1967 permiten que los procesos de exploración sean más eficientes, la adopción de técnicas en 3D permiten mayor celeridad.

c) Plazos de las Concesiones de Explotación y de Transporte

Las concesiones convencionales mantienen el plazo de 25 años. Las concesiones no convencionales se extienden a 35 años, y las ubicadas en la Plataforma continental el plazo es de 30 años. En todos los casos, se admite el pedido con un año de antelación (antes eran 6 meses) de una prórroga por hasta 10 años. Bajo el régimen anterior, las concesiones de explotación podían ser prorrogadas una sola vez por un plazo de 10 años. Con la nueva ley, se habilitan prórrogas sucesivas de las concesiones. Incluso, las concesiones actualmente en vigencia que ya fueron prorrogadas una vez, podrán ser nuevamente prorrogadas. Esto en la práctica implica que una concesión se convierta casi en un título de propiedad sobre los hidrocarburos, con sucesivas prórrogas. Plazos de concesión privados de dicha duración ponen en riesgo los recursos que le pertenecen al país, no a los titulares de las concesiones. Una cosa es otorgar concesiones con plazos prudentes pero a la vez atractivos para la inversión, y otra muy diferente es vender los bienes que le pertenecen al país y a las provincias bajo este tipo de contrataciones a manos de privados. Dichas concesiones merecen un seguimiento y control sumamente exigente por parte de las Autoridades de Control. Antes de entregar de este modo los bienes que le pertenecen al país, sería prudente establecer previamente los mecanismos de control a aplicar. Aun así resulta incomprensible cuando lo que se busca es el autoabastecimiento que se entreguen de este modo los recursos que garantizan el futuro del país en materia energética

Por otra parte, las concesiones de transporte serán otorgadas no ya por 35 años, sino por el mismo plazo de vigencia que la concesión de explotación en la que se origina, más la posible prórroga de 10 años.

d) Adjudicación y límites a la cantidad de permisos y Concesiones

En primer lugar, se elimina el límite de 5 concesiones y 5 permisos por titular (persona física o jurídica) que establecía la Ley de Hidrocarburos anterior. En un negocio que por sus características intrínsecas tiende hacia el monopolio, resulta inentendible la decisión de eliminar este límite. Más aún, cuando a su vez, bajo esta ley, es posible unificar distintas áreas aledañas en una misma concesión. Permitir que una empresa agrupe ilimitadas concesiones implica concentrar poderes y poner en manos de pocas empresas cuasi monopólicas el futuro energético de nuestro país. Las adjudicaciones de los permisos y concesiones de explotación se realizarán a través de licitaciones públicas y no a través de concursos. Se mantiene el criterio de la ley anterior en cuanto es atribución del Poder Ejecutivo nacional o provincial otorgar permisos de exploración y concesiones de explotación de hidrocarburos. La ley precisa que el criterio de selección entre los diferentes oferentes a utilizar, será el que proponga mayor inversión o actividad exploratoria. Anteriormente, la adjudicación recaía en la oferta más conveniente a los intereses de la Nación. Resulta fundamental la aplicación de un estándar de selección para que se eviten actos de corrupción y manipulación. Quien garantice mayor inversión y actividad exploratoria será merecedor de la adjudicación de la concesión.

La nueva ley incorpora que los pliegos de bases y condiciones que se utilicen para adjudicar permisos y concesiones deberán seguir un pliego modelo que será elaborado en conjunto por las autoridades de aplicación de las provincias y la Secretaría de Energía de la Nación. La ley otorgo un plazo de 180 días a partir de su publicación para la realización del pliego. La realidad, es que todavía hoy no se conocen públicamente las condiciones de dicho pliego. La ley estableció que dicho pliego modelo debía contemplar los términos y condiciones generales aplicables a las licitaciones, las garantías a las que se deben ajustar las ofertas, el alcance de las inversiones y los ingresos que pudieren corresponder a las respectivas Autoridades Concedentes. Por otra parte, la ley reconoce que el pliego debería incluir condiciones especiales dependiendo el tipo de concesión (convencional, no convencional, costa afuera). Obligar a las provincias a seguir un “Pliego Modelo”

implica una restricción sustancial de sus facultades y una afectación a la autonomía de las provincias con respecto a materias no delegadas al gobierno federal. Si bien el fin de la incorporación de este pliego es unificar los criterios utilizados para licitar áreas, y establecer parámetros comunes en todo el territorio nacional para atraer inversiones, no por ello es justificable el medio. Es menester que el pliego se cree a partir de un debate entre todos los actores involucrados, las provincias, el estado nacional, la comisión, y sería interesante que también formen parte de dicha discusión las empresas petrolíferas. A su vez, es importante entender que cada área geográfica presenta rasgos y complejidades únicas que deben ser consideradas. El pliego debiera contener las bases mínimas que garanticen condiciones de contratación transparentes, y que resguarden el capital energético del país.

e) Reservas de Áreas

El artículo 18 establece un cambio sustancial en la política hidrocarburífera federal, este prohíbe a las provincias y al Estado Nacional reservar nuevas áreas a favor de entidades o empresas públicas con participación estatal, cualquiera fuera su forma jurídica. En cuanto a las áreas que ya hayan sido reservadas por las autoridades concedentes a favor de empresas provinciales con participación estatal pero que a la fecha de publicación de la ley no cuenten con contratos de asociación con terceros, se podrán realizar esquemas asociativos en los cuales la participación de las empresas estatales durante la etapa de desarrollo será proporcional a las inversiones comprometidas y efectivamente realizadas por ellas. De este modo, cualquier área que se desee explorar y explotar deberá otorgarse mediante licitación, y adjudicarse a quien ofrezca mayor inversión. Esta modificación genera posturas encontradas, por un lado se entiende y se valora la incorporación de un criterio objetivo para la adjudicación de las áreas que garantice la mayor inversión. Pero, por el otro lado, cuando se establece como principal objetivo el autoabastecimiento energético nacional resulta contradictorio que no se reserven áreas especialmente atractivas para que sean explotadas por empresas estatales y lo producido usufructuado por el Estado Nacional o los Estados Provinciales. Como señalan García y Freyre (2015) la finalidad de esta modificación parecen ser dos:

- i) eliminar el privilegio con el que contaban las empresas con participación estatal para acceder a ciertas áreas hidrocarburíferas sin tener que competir con empresas privadas, y ii) eliminar un ingreso adicional a las arcas públicas mediante la participación de una

estructura estatal que no efectúa inversiones proporcionales a sus beneficios⁵⁰.

Resulta importante destacar que más allá de que esta modificación sea política y económicamente conveniente, restringir la potestad de las provincias de usar y disponer libremente de su propiedad resulta un avasallamiento de las autonomías provinciales. Para efectuar dicha restricción constitucionalmente es menester el consentimiento provincial expreso.

f) Canon, Regalías y régimen fiscal

La sección “Canon y Regalías” fue una de las que principales causas de mayor discusión entre las Provincias y el Estado Nacional. En primer lugar, se mantiene el pago de cánones para exploración y explotación. Los montos continúan siendo fijos en moneda local, resulta imprudente y beneficioso para las empresas petroleras establecer costos fijos en un contexto inflacionario como el de la Argentina. Por otra parte, no se realizan distinciones respecto del tipo de área, se establece el mismo canon ya sea un área convencional, no convencional o Plataforma Continental. Por otra parte, la ley 17.319 establecía un aumento del 50% anual acumulativo por cada año de prórroga, la nueva ley disminuye ese aumento a un 25%. A su vez, se prevé la posibilidad de compensar el canon en hasta un 90% con inversiones en exploración durante el segundo período del plazo básico y prórroga.

Uno de los principales puntos logrados en las negociaciones por parte de las provincias fue la introducción del pago de un bono de prórroga para las concesiones de explotación. Le ley estipula que en los casos en los que se extienda el período básico otorgado al permisionario se pagará un bono de prórroga cuyo monto máximo será igual al resultante de multiplicar las reservas comprobadas remanentes al final del período de vigencia de la concesión por el dos por ciento del precio promedio de cuenca aplicable a los respectivos hidrocarburos durante los dos años anteriores al momento de otorgamiento de la prórroga. Dicho bono es aplicable a las explotaciones de hidrocarburos convencionales y no convencionales.

⁵⁰ Santiago García Mira y Santiago Freyre, “Federalismo, Constitución y nueva ley de hidrocarburos”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, no. 5 (Mayo-Julio 2015): 63.

Se establece a la regalía como el único mecanismo de percepción de renta petrolera para el concedente y se mantiene la alícuota general del 12%. Se mantiene la posibilidad de reducir la alícuota en ciertos casos excepcionales hasta el 5%, y de aumentarla en un 3% en las sucesivas prórrogas. La diferencia está en que se introduce un límite máximo aplicable a todos los casos del 18%. A su vez, se establece que el poder concedente podrá reducir hasta el 25% el monto de las regalías aplicables a las correspondientes producciones durante los 10 años siguientes a la finalización del proyecto piloto para las concesiones no convencionales que lo soliciten dentro de los 36 meses desde la vigencia de la ley. El pago en efectivo de la regalía se efectúa en base al valor del petróleo en boca de pozo, declarado mensualmente por el concesionario, cuando este precio no refleje el real de mercado se deberán realizar las objeciones pertinentes. Las regalías son el impuesto característico del sistema de permisos y concesiones. Con dichas modificaciones se busca lograr uniformidad respecto a la materia impositiva y evitar la posibilidad de que las provincias incorporen mecanismos impositivos paralelos y disímiles. El nuevo régimen impositivo hidrocarburífero limita la potestad de las provincias de exigir ingresos fiscales adicionales.

g) Régimen Promocional

Como se anticipó anteriormente, la ley 27.007 se crea para extender y garantizar los beneficios del Régimen de Promoción de Inversión para la Explotación de Hidrocarburos creado por el decreto 929. El Estado Nacional incorpora el régimen de Promoción realizando algunas modificaciones. En primer lugar, se disminuye el monto mínimo a invertir por parte de las empresas para obtener los beneficios. El monto establecido por el decreto 929 exigía a las empresas 1000 millones de dólares a ser invertidos durante los primeros 5 años, esta disposición se redujo a 250 millones en los primeros 3 años. Esto significa una disminución del 60%. Por otra parte, el decreto otorgaba el beneficio de poder exportar y librar divisas para el 20% de la producción libre de derechos de exportación a partir del quinto año, este plazo se disminuyó a 3 años. De este modo se busca mejorar aún más las condiciones para atraer inversiones. A modo de compensación por la limitación a las autonomías provinciales, se intenta redimir a las provincias productoras estableciendo dos nuevas condiciones. Se establecen dos aportes a las provincias productoras en los que se desarrollen proyectos de inversión: a) 2,5% del monto de inversión inicial del proyecto deberá ser dirigido a Responsabilidad Social

Empresaria, dicho monto deberá ser aportado por las empresas b) un monto indeterminado, a ser determinado por la Comisión de Planificación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas, en función de la magnitud y alcance del proyecto deberá utilizarse para financiar obras de infraestructura en las provincias productoras, dicho monto deberá ser aportado por el gobierno nacional.

A través de estos dos aportes se busca equilibrar las condiciones de desigualdad y el avasallamiento de los derechos provinciales generados a través de las múltiples modificaciones.

h) Tratamiento Ambiental

La ley 27.007 deja un gran vacío en materia ambiental, fue una situación desaprovechada. No contiene normas ambientales específicas para la actividad hidrocarburífera. La ley prevé que el Estado Nacional y las provincias propenderán una legislación ambiental en concordancia con el artículo 41 de la Constitución Nacional, que tendrá como objetivo prioritario aplicar mejores prácticas de gestión ambiental a las tareas de explotación, exploración y transporte de hidrocarburos. La actividad hidrocarburífera es considerada como una de las que más pueden afectar al medio ambiente, a sabiendas de eso resulta lamentable la falta de tratamiento acerca de la temática en la ley. La legislación hidrocarburífera-ambiental es por la naturaleza técnica de la materia altamente compleja. Es por ello, que es menester que dicha regulación surja de organismos públicos técnicos especialistas y sean aplicables a todas las jurisdicciones. Resulta fundamental la creación de normativas específicas sobre la materia. Abordar la materia ambiental en profundidad resulta ajeno al alcance de este análisis, pero sí es de destacar el valor de la incorporación de una sección con los presupuestos mínimos ambientales a considerar en una materia de tanta delicadeza. En materia de hidrocarburos no convencionales resulta de gran utilidad e interesante de añadir a la ley 27.007 el proyecto de ley de “Presupuestos mínimos de protección ambiental para la actividad hidrocarburífera no convencional”⁵¹ presentado por el senador Ernesto Sanz ante el Senado de la Nación en el 2013.

⁵¹ Ricardo Ernesto Sanz (2013, 4 de septiembre), Proyecto de ley de presupuestos mínimos de protección ambiental para la actividad hidrocarburífera no convencional. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3351.13/S/PL> (última consulta: 15/06/2017).

Como se puede observar la ley 27.007 no se trata de una nueva ley sino la enmienda de la vieja ley 17.319 de 1967. El objetivo principal de dicha reforma fue consolidar las modificaciones introducidas por el decreto 929. A lo largo de los 31 artículos se puede ver el interés por atraer inversiones extranjeras privadas, principalmente para explotar las áreas donde yacen los hidrocarburos no convencionales. El fin último que se persigue a lo largo de la década es alcanzar la soberanía hidrocarburífera, el autoabastecimiento, a través de cuestionables medios.

La ley 27.007 establece un modelo de incentivos a cambio de una promesa de inversión necesaria para el desarrollo de hidrocarburífero argentino. La ley, otorga mayores beneficios a empresas inversoras mediante: concesiones más largas con prórrogas indefinidas, la posibilidad de adjudicar concesiones de hidrocarburos no convencionales sin licitación previa, y el establecimiento de un sistema tributario estable y predefinido a nivel nacional y provincial. A su vez, limita la posibilidad de que las provincias participen de la renta petrolera prohibiendo la reserva de áreas y limitando sus ingresos solo al cobro de un canon de explotación y de regalías establecidas.

Chambouleyron Andrés, plantea en su artículo “Beneficios extraordinarios para compensar el alto riesgo de invertir en la Argentina” un análisis de gran interés y relevancia para evaluar y concluir el análisis de la ley 27.007, el modelo de política y la no alineación entre las provincias y la nación durante la última década. La actividad hidrocarburífera tiene 3 características económicas intrínsecas. En primer lugar, es una industria capital-intensiva y de costo hundido, es decir se requiere de grandes beneficios para compensar los altos costos que implica la actividad y dichos costos son hundidos, una vez comprometidos no tienen uso alternativo. Esta característica de costo hundido y sin uso alternativo, incentiva a los gobiernos a expropiar los activos y/o cambiar las reglas del juego, hecho que sucedió en la Argentina con Repsol YPF. Como esta característica es conocida por los actores de la industria, los gobiernos suelen ofrecer como garantía sistemas de sanciones y penalidades que permitan darle seguridad al inversor. En segundo lugar, la inversión es sensible al riesgo del proyecto. El riesgo del proyecto está compuesto por diferentes componentes por un lado los financieros, si las obligaciones de inversión son fijas (menos riesgosas) o variables (más riesgosas), y por el otro lado el riesgo institucional del país, compuesto por las probabilidades de cambio de reglas o expropiación. En tercer lugar, el alto nivel de riesgo fomenta la aceleración de extracción y reduce el incentivo a invertir en exploración de nuevos pozos. Con dichas características

surgen dos posibles modelos opuestos: por un lado aquel que garantiza riesgos bajos de inversión y por lo tanto no tiene necesidad de ofrecer altos beneficios y por el otro aquel que asume altos riesgos de inversión y que a modo de compensación ofrece beneficios extraordinarios. La nueva ley 27.007 acepta que la Argentina es un país de alto riesgo y establece como único mecanismo para obtener inversión extranjera beneficios extraordinarios como mecanismo de compensación. Siguiendo este mecanismo de compensación, se afirmarí que el sistema funcionaría indefinidamente siempre que los beneficios compensen los riesgos que debe enfrentar el inversor. Pero, de este modo se olvida que hay varios actores involucrados en este juego de intereses. Al aumentar los beneficios para los inversores extranjeros y limitar la participación de las provincias y la Nación se aumenta la presión para que se modifiquen los marcos normativos o se produzcan nuevas expropiaciones. Este sistema produce un círculo vicioso de otorgamiento de incentivos extraordinarios, violaciones, y nuevamente compensaciones con el agravante de la creciente pérdida de credibilidad.

Aun cuando los riesgos del país son altos, existen mejores sistemas a desarrollar que minimizan los riesgos de futuros posibles cambios de regulación o expropiaciones. Plantear modelos en los cuales las provincias y la nación sean socios de los inversores privados genera mayor compromiso por parte de todos los actores. Modelos de negocios *win-win* como el desarrollado por Engel y Fischer de *rent-sharing*, basado en un sistema de impuestos progresivos en el cual al aumentar el precio del recurso, los beneficios son distribuidos entre los distintos actores genera la alineación de intereses y la reducción de riesgos. En dicho modelo, las licitaciones son adjudicadas al inversor que ofrezca ganar menos al valor presente de ingresos anuales, promoviendo de este modo la competencia.

En conclusión, la ley 27.007 comprueba ser un parche actualizado de la vieja ley 17.319 de 1967. La elaboración de dicha modificación es producto de las inminentes necesidades que surgen con el hallazgo de nuevas áreas ricas en hidrocarburos convencionales y no convencionales. La publicación del informe por la Administración de Información Energética de los Estados Unidos donde se revela la abundancia de *shale gas* y *shale oil* en la Argentina, ha despertado interés internacional y ha atraído empresas petroleras mundiales dispuestas a invertir en nuestro país. Esta publicación, en un contexto energético caracterizado por caída de reservas, importaciones crecientes y yacimientos convencionales maduros impulsaron el cambio intempestivo sobre la regulación de hidrocarburos sin los debidos debates y planificación a largo plazo. Resulta

difícil de negar la necesidad de actualizar la normativa hidrocarburífera, pero por trascendental que sea el fin no justifica dichos medios. Como afirma Vítolo “...por loables que puedan ser los objetivos perseguidos por la ley, o la urgencia en la necesidad de tomar decisiones que puedan afectar la economía nacional, no podemos permitirnos violar el reparto de competencias fijado por nuestra norma básica de convivencia”⁵². La nueva ley de hidrocarburos incorpora modificaciones que pueden generar graves impactos en materia de autoabastecimiento hidrocarburífero. El sistema de beneficios extraordinarios y la limitación de las autonomías provinciales alimenta un patrón de comportamiento que aleja al país de los objetivos a los cuales se quiere llegar.

Quinta Etapa: Cambiemos

El diez de diciembre del 2015, con la asunción del Presidente Mauricio Macri se inicia en la Argentina un nuevo ciclo que promete significativos cambios económicos, políticos y sociales. En materia energética, es designado como Ministro de Energía y Minería el ingeniero José Luis López Aranguren, ex presidente de Shell, quien en la década anterior fue un fiel opositor a las políticas económicas y energéticas adoptadas por el Gobierno Kirchnerista. Con una mirada radicalmente diferente sobre las políticas hidrocarburíferas a adoptar, el Ministro ha dado inicio a su mandato con una serie de significativos cambios que causarían un redireccionamiento en el rumbo a seguir en materia energética. En primer lugar, a través del decreto 272/2015 se disuelve la polémica Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas. Días anteriores a la sanción de dicho decreto el Ministro Aranguren anticipaba el espíritu detrás del cambio al afirmar:

Conforme al artículo 124 de la Constitución Nacional las provincias detentan el dominio original de los recursos naturales y por lo tanto las reconocemos como la única autoridad de aplicación en los permisos de exploración y concesión de explotación⁵³.

A su vez, fueron derogados diecisiete artículos⁵⁴ del Reglamento del Régimen de Soberanía Hidrocarburífera de la República Argentina, aprobado como Anexo I del Decreto 1277/12. Dicho reglamento establecía una serie de obligaciones para las

⁵² Vítolo “El valor constitucional”, 146.

⁵³ Página 12, “Borrar el control sobre un mercado estratégico”, 5 de enero 2016, sección economía. <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-289596-2016-01-05.html> (última consulta: 15/06/2017).

⁵⁴ Fueron derogados los artículos 2, 3, 4, 5, 13, 14, 15, 18, 19, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 31, 32 del Reglamento del Régimen de Soberanía Hidrocarburífera de la República Argentina.

empresas hidrocarburíferas. La eliminación de dichos artículos es una señal de mayor desregulación. El propósito de los artículos derogados era centralizar la regulación en manos del poder del Estado Nacional. A través del nuevo decreto se busca descentralizar el poder regulatorio a favor de las provincias, cumpliendo de este modo con lo establecido por el artículo 124 de la Constitución Nacional. Las competencias asignadas a la Comisión no derogadas serán ejercidas por el Ministro de Energía y Minería. Por otra parte, en el decreto se reconoce la proliferación de normas en materia hidrocarburífera

[q]ue resulta conveniente, asimismo, impulsar procesos con el objeto de sistematizar las normas de su competencia referidas a registros y deberes de información en la industria de los hidrocarburos. Que el servicio jurídico pertinente ha tomado la intervención que le compete⁵⁵.

A su vez el decreto establece en su artículo 4:

El Ministerio de Energía y Minería efectuará una revisión y reordenamiento integral de las normas de su competencia referidas a la creación de registros y deberes de información en la industria de los hidrocarburos⁵⁶

Por último, el decreto establece que las acciones de titularidad del Estado Nacional en YPF Sociedad Anónima y en YPF Gas Sociedad Anónima serán ejercidas por el Ministerio de Energía y Minería.

Uno de los cambios de mayor significancia y que ha sido fuente de grandes discusiones ha sido la modificación integral de las tarifas del gas. A través de las resoluciones 28/2016 y 31/2016. El ministro Aranguren ha puesto fin a una década de subsidios ilimitados. La resolución 28/2016 establece como necesidad inminente la realización de una revisión tarifaria integral,

[q]ue para promover inversiones en exploración y explotación de gas natural a fin de garantizar su abastecimiento y de emitir señales económicas claras y razonables, resulta necesario implementar un nuevo esquema de precio de gas natural en el PUNTO DE INGRESO AL SISTEMA DE TRANSPORTE, que tenga por objeto tanto la incorporación de reservas, como el aumento en la producción doméstica de gas natural, y que permita lograr que en el mediano y largo plazo dichos precios resulten de la libre interacción de la oferta y la demanda⁵⁷.

⁵⁵ Poder Ejecutivo de la Nación (2015, 29 de diciembre), Decreto 272 Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas. Disolución.

⁵⁶ Poder Ejecutivo de la Nación (2015, 29 de diciembre), Decreto 272 Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas. Disolución.

⁵⁷ Ministerio de Energía y Minería (2016, 28 de marzo), Resolución 28/2016.

Este nuevo esquema de precios sería aplicado a los precios del Gas Propano, y a los precios por Cuenca para el gas no contabilizado a abonar por las Empresas distribuidoras. Por otra parte la resolución reconoce la necesidad de fomentar el consumo racional, y fija un sistema de bonificaciones para aquellos usuarios que logren disminuir su consumo,

Que en la formulación de la medida resulta oportuno contemplar un esquema que procure un consumo racional del gas natural, incentivando el ahorro para generar un uso responsable y eficiente de los recursos y, en tales términos, se prevé el otorgamiento de beneficios para todos aquellos consumidores residenciales de gas natural que reduzcan su demanda⁵⁸.

El punto de mayor discusión respecto a ambas resoluciones, fue las importantes subas registradas en las cuentas de los usuarios finales, con subas en determinadas zonas del país que llegaron a ser del 1000%- 2700%⁵⁹. Ante los reclamos registrados y afirmaciones de imposibilidad de pago, el Gobierno decidió establecer topes máximos para las subas del gas del 400% para consumidores residenciales y de 500% para pymes.

En relación al petróleo se han sancionado resoluciones como la 21/2016 que buscan proteger a la industria hidrocarburífera local de las fuertes disminuciones registradas en su precio en el escenario internacional. Dicha resolución establece,

resulta necesario aplicar medidas de estímulo específicas que atenúen el impacto de tales disminuciones sobre el nivel de actividad y empleo locales, a fin de mantener las pautas de inversión previstas por el sector productor⁶⁰.

A modo de cierre, pareciera iniciarse una nueva etapa significativamente distinta en materia hidrocarburífera. Esta etapa comienza con una clara política de sinceramiento tarifario, con consecuencias de alto impacto a nivel social. En relación a YPF S.A pareciera que continuará bajo el control del Estado pero bajo un formato descentralizado y a cargo de un equipo técnico de profesionales especializado. Por otra parte, con las medidas hasta ahora adoptadas se puede reconocer la intención de restablecer el poder de

⁵⁸ Ministerio de Energía y Minería (2016, 28 de marzo), Resolución 28/2016.

⁵⁹ Soledad Maradona, “Reclaman en la Patagonia por la fuerte suba del gas”, La Nación, 17 de mayo 2016, sección economía. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1899444-reclaman-en-la-patagonia-por-la-fuerte-suba-del-gas> (última consulta: 15/06/2017).

⁶⁰ Ministerio de Energía y Minería (2016, 9 de marzo), Resolución 21/2016.

autoridad de aplicación a favor de las provincias. Se vislumbra en el Ministro una concepción pro mercado neoliberal, pero que deberá equilibrarse con las necesidades imperantes de la época. Las fuertes bajas experimentadas a nivel mundial en el precio del petróleo impiden por ahora la apertura de las importaciones puesto que esto causaría extremas consecuencias en el desarrollo de la producción local.

En conclusión, a lo largo de este capítulo se ha podido observar el desarrollo de la legislación y regulación en materia de explotación, competencia y titularidad de los hidrocarburos. Las cinco etapas muestran como se ha alterado la política hidrocarburífera en función de los gobiernos de turno y las necesidades que estos reconocían. A su vez, se ha desarrollado el desenvolvimiento de la tensa relación entre la Nación y las provincias, y el Estado y la actividad privada. A través del análisis realizado es posible reconocer la falta de un marco jurídico regulatorio estable con proyecciones a largo plazo que trascienda las particularidades de cada gobierno y que procure el autoabastecimiento energético para la generación presente y las generaciones futuras.

IV. CONCLUSIÓN

La historia argentina en materia de hidrocarburos, desarrollada en este análisis, se ha caracterizado por la existencia de dos ejes centrales de discusión. Por un lado, la eterna problemática entre la Nación y las provincias en materia de titularidad de los recursos y distribución de competencias. Y, por otro lado, la problemática relacionada a las tensiones entre el Estado y la actividad privada en materia de producción, explotación, distribución y consumo de los hidrocarburos. Dichas tensiones, naturalmente propias en una materia delicada como la hidrocarburífera, han sido potenciadas por la falta de un marco jurídico regulatorio estable y sustentable diseñado con miras hacia el largo plazo.

Las cinco etapas evaluadas muestran un factor común en materia de regulación de hidrocarburos, esta no ha sido neutral ajena a los contextos, sino que se ha visto significativamente influenciada por los rumbos políticos del momento, y las inminentes necesidades de consumo. Resulta llamativo el dato aportado por Casal, desde 1935 hasta 1967 se dictaron tres leyes, y desde 1989 hasta el 2014 ocho, sin contar decretos. Este dato, agravado por las contradicciones presentes en las ocho leyes, comprueba la proliferación de normas y la falta de un marco jurídico regulatorio estable y sustentable con miras hacia el largo plazo.

Los constantes conflictos entre la Nación y las provincias son potenciados no solo por la falta de una política hidrocarburífera a largo plazo, sino que también por un sistema de reparto de poderes que muchas veces incentiva la confusión. Riva bien describe el entramado confuso de reparto de poderes entre Nación y las provincias:

potestad del Congreso de la Nación de sancionar el régimen sustantivo que regula la explotación de los hidrocarburos; ii) competencia de las provincias (o de la Nación, cuando se trate de recursos del dominio nacional) para actuar como autoridad de aplicación de dicho régimen federal; iii) facultad del Poder Ejecutivo nacional para fijar la política energética del país; iv) poderes concurrentes de ambas órbitas en materia de policía, fomento, medio ambiente y tributación⁶¹.

La atribución de competencias que pertenecen a otra jurisdicción ha generado una constante lucha de poder y funciones entre la Nación y las provincias. A lo largo de este trabajo se ha visto como la Nación se ha arrogado competencias provinciales al avanzar sobre ellas, como así también, en menor medida, las provincias se han arrogado competencias que le pertenecen a la Nación a través de legislación paralela sobre materias de fondo o reglamentación de materias que no son de su competencia. El senador Sanz ha sabido expresar en el debate legislativo de la ley 27.007 la falta de coordinación y trabajo en conjunto entre la Nación y las Provincias,

No hay posibilidades de ensamblar la idea de Nación con la idea del federalismo si estos dos factores juegan en paralelo o juegan cada vez más equidistantes. Nación federal significa encastrar en una sola idea los beneficios de tener una Nación, que es tener un plan nacional con el beneficio de que las provincias sean titulares del dominio e ir juntas de la mano para poder producir, explotar, buscar inversiones, crecer, desarrollarse...⁶².

Resulta paradójico encontrar estas contradicciones entre órganos de un mismo ente, y olvidar que las 23 provincias hacen al todo, a nuestra Nación.

La evolución de las cinco etapas descritas y analizadas muestra la falta de un marco régimen normativo integral que procure un desarrollo sustentable en términos ambientales, que atraiga inversiones locales y extranjeras de riesgo, que alcance el

⁶¹Ignacio de la Riva, "Poderes de regulación nacionales y provinciales bajo el nuevo régimen de hidrocarburos" *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, no. 5 (Mayo-Julio 2015): 37.

⁶² Senador Sanz, Senado de la Nación, sesión del 8 de octubre de 2014.

Senador Sanz, Senado de la Nación, sesión del 8 de octubre de 2014, citado por Vitolo "El valor constitucional," 143.

autoabastecimiento energético, y que materialice una justa distribución de las riquezas obtenidas. Con una primera etapa caracterizada por el dominio nacional de los hidrocarburos, y por la existencia de YPF estatal con importantes privilegios; esta etapa finaliza con un cambio de paradigma al encarar una profunda desregulación de la industria y la privatización de YPF. La segunda etapa estuvo identificada por la reforma constitucional de 1994, y la transferencia del dominio de los yacimientos de hidrocarburos del Estado Nacional a las provincias. En dicha etapa queda asentado: el dominio de los recursos naturales y la facultad de aplicación en cabeza de las provincias, la jurisdicción en manos del Congreso Nacional y el diseño de la política energética a nivel nacional en manos del Poder Ejecutivo Nacional. En la tercera etapa, se buscó como objetivo prioritario alcanzar la soberanía hidrocarburífera. Esta etapa dejó en máxima evidencia las tensiones entre el Estado y la actividad privada. La expropiación como indican Lahitou y Eliashev “transfirió a la nueva YPF (al fin de cuentas, titular de importantes reservas en Vaca Muerta y Los Molles) la responsabilidad política y operativa por revertir –en el mediano plazo- las condiciones de la oferta local de hidrocarburos (especialmente el gas) y sus derivados, así como revertir el pesado balance energético negativo”⁶³ Esta etapa también se destacó por la conflictividad entre la Nación y las provincias, al sancionarse decretos que creando instituciones y organismos paralelos avasallaron las competencias provinciales. Durante la cuarta etapa se buscó consolidar y formalizar las políticas llevadas a cabo en la tercera etapa, “Los decretos promocionales recién ideados debían mejorar su *pedigree* y elevarse al estándar que otorga la ley”⁶⁴. Para alcanzar dicha formalización fue sancionada la ley 27.007. Por último, la quinta y actual etapa, se inicia alejándose de las políticas hidrocarburíferas previamente adoptadas. Esta etapa, pareciera caracterizarse por un duro sinceramiento tarifario y el reconocimiento de la necesidad de definir una política hidrocarburífera de largo plazo trazada a través de un marco jurídico hidrocarburífero integral, estable y sustentable. A su vez, en sus inicios muestra una incipiente descentralización del poder de reglamentación en manos de las provincias. Respecto a YPF, y el desarrollo de la actividad privada pareciera iniciarse una etapa de

⁶³ Juan Lahitou y Nicolás Eliashev, “La nueva ley de hidrocarburos y la competencia en los mercados de electricidad y gas natural” *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, no. 5 (Mayo-Julio 2015): 382.

⁶⁴ Lahitou y Eliashev “La nueva ley de hidrocarburos y la competencia”, 356.

mayor desregulación y desarrollo de incentivos en búsqueda de inversiones. Esta etapa, que recién inicia, indicaría cumplir con la visión expuesta por Lahitou y Eliashev,

la consagración normativa del funcionamiento de mercados libres de distorsiones es una garantía institucional de protección tanto para empresas como para consumidores, que evita tanto la intervención estatal excesiva como la intervención privada abusiva. Con ese alcance, somos pro-mercado y entendemos que el rol estatal debe propender a crear las condiciones para que existan mercados competitivos y que no resulten cooptados por algunas empresas en particular.

Luego de analizar el desarrollo de la normativa y regulación hidrocarburífera en Argentina a través de las cinco etapas exploradas, es posible comprobar la correlación entre la falta de un marco jurídico regulatorio estable en materia de hidrocarburos y la crisis energética que atraviesa el país. Las tensiones entre la Nación y las provincias, y el Estado y la actividad privada han sido potenciadas por la falta de un marco jurídico estable y un plan energético con miras hacia el largo plazo. La Argentina se encuentra hoy, en la vidriera del mundo. La publicación de la alta disponibilidad de *shale gas* y *shale oil*, en territorio argentino ha despertado el interés de inversores extranjeros y locales. Al comienzo de este análisis, se han visto las complejidades en torno a la explotación de los hidrocarburos no convencionales. La falta de un marco jurídico propicio para regular este tipo de explotaciones puede no sólo impedir la inversión, sino que peor aún, causar estragos en el medio ambiente comprometiendo a la generación presente y a las generaciones futuras. No hay mejor garantía que un marco jurídico confiable para atraer inversiones nacionales e internacionales. Los cambios bruscos en las condiciones establecidas al momento de invertir implican una clara violación al derecho de propiedad. Cambiar las reglas preestablecidas inconstitucionalmente y de manera intempestiva, genera incertidumbre, desconfianza, y provoca la desinversión. No es fácil lograr la inversión extranjera en materia de hidrocarburos por los riesgos propios de la actividad, los éxitos económicos no están garantizados. Si a los riesgos que esta actividad conlleva, le agregamos mayor incertidumbre a través de la inseguridad jurídica es fácil entender por qué empresas privadas no logran los objetivos esperados y optan por la desinversión. La expropiación de YPF será una mancha en nuestro prontuario difícil de olvidar y de remontar.

Otorgar beneficios extraordinarios a los inversores para compensar el riesgo de invertir en la Argentina no parece ser la mejor solución. Es una estrategia a corto plazo

que, en vez de fomentar el respeto por el marco normativo vigente, aumenta la tensión entre los diferentes actores para que se produzcan nuevas violaciones o se modifiquen las reglas. Los beneficios deben ser repartidos en mayor medida para la Nación y las provincias, de este modo resulta más fácil garantizar la permanencia y el respeto del marco jurídico, otorgando mayor previsibilidad para los inversores. De nada sirve prometer beneficios extraordinarios si en cualquier momento las reglas pueden ser modificadas. Pero, para que se puedan crear lazos hacia el exterior, es primordial solidificar los lazos internos.

El nuevo gobierno se enfrenta ante el desafío de generar las condiciones necesarias que incentiven inversiones y a la vez, rediseñar el sistema de precios incentivando tanto a la oferta como a la demanda, otorgando subsidios focalizados y gestionando racionalmente las importaciones. Será necesario establecer mecanismos de mitigación y de comunicación, contemplando componentes políticos, macro económicos, institucionales, y regulatorios para la baja de subsidios. Todo esto, intentando no perder el apoyo político adquirido en las últimas elecciones.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Federal de los Hidrocarburos. 2012. Disponible en: http://www.ambito.com/diario/aw_documentos/archivospdf/2005/id_doc_5770.pdf.

Última consulta: 15 de junio de 2017.

Anadón López Ernesto, Casalotti Víctor, Halperin Fernando y Masarik Guisela. 2014. El abecé de los Hidrocarburos en reservorios no convencionales shale oil, shale gas, tight gas. Argentina: Instituto Argentino del Petróleo y el Gas.

Bidart Campos, Germán José. 1998. *Manual de derecho constitucional argentino*. Buenos Aires: EDIAR. Tomo I.

Bravo Víctor. 2015. Análisis de la Ley 27.007, llamada de hidrocarburos, y de la política hidrocarburífera del período 2003 a 2014. Argentina: Fundación Bariloche.

Casal Daniel, Evolución de la legislación hidrocarburífera en materia de concesiones. 2015. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, N° 5 (Mayo-Julio): 9-31.

Clarín, Duras críticas del titular de Shell al proyecto de ley de hidrocarburos, 21 de octubre 2014, sección Economía. Disponible en: http://www.ieco.clarin.com/economia/aranguren-shell-hidrocarburos-ley-criticas-hipocresia_0_1234076746.html. Última consulta: 15 de junio de 2017.

D'Angelo María Eugenia, Headen Candace, Roeloffs Anna, Taillant Jorge Daniel, y Valls María Eugenia. 2013. Fracking Argentina, Informe Técnico y Legal sobre la fracturación hidráulica en Argentina, Argentina: CEDHA y ECOJURE.

De la Riva Ignacio. 2015. Poderes de regulación nacionales y provinciales bajo el nuevo régimen de hidrocarburos” *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, N° 5 (Mayo-Julio): 35-48.

Eliashev Nicolás y Lahitou Juan. 2015. La nueva ley de hidrocarburos y la competencia en los mercados de electricidad y gas natural. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, N° 5 (Mayo-Julio): 356-382.

Engelder Terry, Howarth, Robert W, Ingraffea Anthony. *Natural gas: Should fracking stop? NATURE International weekly journal of science*. Disponible en:

http://www.geog.psu.edu/sites/default/files/Fieldtrip_Howarth%26Ingraffea_vs_Engelder_2011.pdf. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Fernández Horacio, Un decreto que confirma la no política petrolera, *La Nación*, 20 de julio 2013, sección Negocios. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1602681-un-decreto-que-confirma-la-no-politica-petrolera>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Ferrante Betina Sandra. 2014. Hidrocarburos no convencionales en Argentina ¿la clave para el autoabastecimiento energético está en Vaca Muerta? IV Jornadas Internacionais de Problemas Latino-Americanos América Latina: lutas, experiências e debates por uma integração dos povos, Brasil: Universidade Federal da Integracao Latino-Americana. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/271136334_Hidrocarburos_no_convencionales_en_Argentina_la_clave_para_el_autoabastecimiento_energetico_esta_en_Vaca_Muerta. Última consulta 15 de junio de 2017.

Ferrara Pablo y Miranda Eliana. Seminario: La energía en Argentina. Los desafíos políticos, técnicos y económicos 2016-2019, 8 de Abril de 2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://web.iae.org.ar/wp-content/uploads/2015/05/Relator--a_Seminario_Ex_Secretarios_La_Energia_en_Argentina.pdf. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Ferreya Silvia. 2014. Nueva Ley de Hidrocarburos: Argentina merece una nueva página en materia de energía. Argentina: Observatorio Petrolero Sur. Disponible en: <http://www.opsur.org.ar/blog/2014/10/29/nueva-ley-de-hidrocarburos-argentina-merece-una-nueva-pagina-en-materia-de-energia/>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Freyre Santiago y Mira García Santiago. 2015. Federalismo, Constitución y nueva ley de hidrocarburos. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, N° 5 (Mayo-Julio): 51-64.

Frías J Pedro. 1980. *El federalismo argentino. Introducción al Derecho público provincial*. Argentina: Depalma.

Gelli María Angélica. 2011. *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Argentina: La Ley.

Gil Lavedra Ricardo. Un decreto inconstitucional. *La Nación*, 8 de agosto de 2012, sección Opinión. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1496865-un-decreto->

inconstitucional. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Giuliani Adriana. 2012. *La explotación de hidrocarburos en Argentina desde la privatización de YPF hasta la expropiación del 51% de su capital social. El caso de la provincia de Neuquén*. San Carlos de Bariloche: III Congreso Latinoamericano de Historia Económica y XXIII Jornadas de Historia Económica Simposio 9: Políticas Petroleras en América 1945-2011.

Guillén Facundo, Argentina: Félix Herrero: La nueva ley de hidrocarburos traiciona todos los principios de intereses nacionales sobre el petróleo, *Resumen Latinoamericano*, 23 noviembre 2014. Disponible en: <http://www.resumenlatinoamericano.org/2014/11/25/argentina-felix-herrero-la-nueva-ley-de-hidrocarburos-traiciona-todos-los-principios-de-intereses-nacionales-sobre-el-petroleo/>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Infobae, El decreto Chevron deja más dudas que certezas entre los especialistas, 16 de julio 2013, sección economía. Disponible en: <http://www.infobae.com/2013/07/16/720427-el-decreto-chevron-deja-mas-dudas-que-certezas-los-especialistas/>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Instituto Argentino del Petróleo y el Gas, Vaca Muerta. Disponible en: <http://www.shaleenargentina.org.ar/vaca-muerta-72#.VN64HHYnvUo>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Maradona, Soledad. Reclaman en la Patagonia por la fuerte suba del gas. *La Nación*, 17 de mayo 2016, sección economía. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1899444-reclaman-en-la-patagonia-por-la-fuerte-suba-del-gas>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Marcellesi Florent y Urresti Aitor. 2012. Fracking: una fractura que pasará factura Disponible en: <https://florentmarcellesi.wordpress.com/2012/09/16/fracking-una-fractura-que-pasara-factura/>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Página 12, Borrar el control sobre un mercado estratégico, 5 de enero 2016, sección economía. Disponible en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-289596-2016-01-05.html>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Parravicini Diego y Siano Juan Martín. 2015. Regulación ambiental en las actividades hidrocarburíferas: a propósito de la reforma de la ley 17319. *Revista*

Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería año 2, N° 5 (Mayo-Julio): 391-421.

Prieto Hugo, Competencia provincial en materia de hidrocarburos y extinción de concesiones de explotación. 2015. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, N° 5 (Mayo-Julio): 95-135.

Sanz Ernesto Ricardo. 2013. Proyecto de ley de presupuestos mínimos de protección ambiental para la actividad hidrocarburífera no convencional. Disponible en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/3351.13/S/PL>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Tabaschek Lucas. 2012. YPF desde los 90' como es De Vido. *Plaza de Mayo.com*. Disponible en: <http://www.plazademayo.com/2012/05/ypf-desde-los-90-como-es-de-vido/>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

U.S. Energy Information Administration, Shale oil and shale gas resources are globally abundant, *EIA*. Disponible en: <http://www.eia.gov/todayinenergy/detail.cfm?id=14431>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Vitolo Alfredo. 2015. El valor constitucional de los límites a las potestades provinciales en la nueva ley de hidrocarburos”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* año 2, N° 5 (Mayo-Julio): 137-145.

YPF ENERGÍA YPF, ¿Qué es Shale?, YPF. Disponible en: <http://www.ypf.com/energiaypf/Paginas/que-es-shale.html>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

Jurisprudencia citada

C.S.J.N., “Mouviel, Raúl Oscar y otros s/desórdenes”, 1957. Fallo 237:636. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mouviel-raul-oscar-otros-desordenes-fa57000000-1957-05-17/123456789-000-0007-5ots-eupmocsollaf>. Última consulta: 15 de junio de 2017.

C.S.J.N., “Apache Energía S.R.L v Provincia de Río Negro”, 2009. Fallo citado por Pigretti, “Régimen Jurídico del petróleo”, 52.

Legislación citada

Ley 17.319 (B.O. 30/06/67). Ley de Hidrocarburos.

Ley 24.145 (B.O. 06/11/92). Ley de Provincialización de Hidrocarburos.

Ley 26.197 (B.O. 05/01/07). Ley Corta.

Ley 26.741 (B.O. 7/05/12). Ley Yacimientos Petrolíferos Fiscales.

Ley 27.007 (B.O. 31/10/14). Ley de Hidrocarburos.

Decreto 4053/1955 (B.O. 28/03/1955). Sobre régimen legal de funcionamiento de empresas del estado. Decreto 1454/2007 (B.O. 17/10/07). Canon de Exploración y Canon de Explotación. Fijanse los nuevos valores de canon hidrocarburífero.

Decreto 1277/2012 (B.O. 27/07/2012). Reglamento del Régimen de Soberanía Hidrocarburífera de la República.

Decreto 1483/12 (B.O. 17/08/12).

Decreto 272/2015 (B.O. 4/01/2016). Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas. Disolución.

Resolución 394/2007 (B.O. 16/11/2007). Exportación de hidrocarburos.

Resolución 1/2012 (B.O. 8/08/2012). Comisión de Planificación y Coordinación estratégica del plan nacional de inversiones hidrocarburíferas.

Resolución 21/2016 (B.O. 11/03/2016).

Resolución 28/2016 (B.O. 1/04/2016). Gas Natural, Gas Propano. Determinense precios.

FÁBRICAS RECUPERADAS, PROPIEDAD Y ESTADO DE DERECHO

*Un estudio de caso del proceso de recuperación de la empresa textil Alcoyana a la luz de las teorías de la propiedad progresiva**

Leopoldo Pérez Obregón^{†‡}

“Yo no sé si acá hubo o no fraude, si se llevaron la plata, no lo puedo decir porque no tengo pruebas. Pero lo que sí te aseguro es que acá hubo una violación inmensa de la Constitución Nacional”.

Oscar Saldaño, trabajador de la empresa textil Alcoyana, en diálogo con el autor en las instalaciones de la fábrica.

* El presente trabajo es una versión adaptada y actualizada de mi tesis de graduación en la Universidad de San Andrés. Este estudio empírico fue conducido en dos etapas. La primera parte del trabajo de campo se llevó adelante entre fines de 2011 y principios de 2012, y nuevamente entre marzo y mayo de 2017, cuando el proceso de recuperación había finalizado.

† Leopoldo Pérez Obregón es abogado por la Universidad de San Andrés (2012). Posee un posgrado en Derecho Penal por la Universidad de Palermo (2016). En el año 2011 formó parte del cuerpo editorial fundador de la Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés. En el año 2015, se desempeñó como abogado junior en *Tanoira Cassagne*. Desde el año 2016, se desempeña como abogado dictaminante en trámites relativos a fondos comunes de inversión, ante la Subgerencia de Fondos Comunes de Inversión, en la Comisión Nacional de Valores. Asimismo, desde marzo 2017 se desempeña como profesor universitario asistente del curso *Clínica Jurídica* en la Universidad Torcuato Di Tella, dictado por Celeste Braga Beatove. Es profesor universitario asistente en la materia *Ética Profesional*, dictada por la Universidad de Palermo, desde marzo 2017.

‡ Agradezco especialmente por su generosidad a la hora de encarar este trabajo a quien fuera mi mentor de tesis, el profesor Adrián Goldín. También a Luis Alberto Caro por su predisposición a la hora de colaborar con esta investigación. Este trabajo tampoco hubiera sido posible sin la apertura de los trabajadores de Alcoyana, y especialmente a Diego Sosa, quien dedicó mucho tiempo a contestar mis consultas. Agradezco también a Julio César Rivera, por las discusiones acerca de derecho concursal. A Martín Böhmer, por las conversaciones mantenidas acerca de la desobediencia al derecho, y a Sebastián Elías, por las discusiones sobre regímenes expropiatorios y derecho de propiedad.

Resumen

El presente estudio de caso busca arrojar evidencia empírica cualitativa sobre cómo se desarrolla la práctica de un proceso de recuperación fabril por manos de sus trabajadores, poniendo especial énfasis en los aspectos jurídicos del proceso. El objetivo será reconstruir en un caso particular de qué manera la regulación y el accionar de los diferentes poderes del Estado favorecieron, o no favorecieron, el interés de los trabajadores de recuperar una empresa quebrada para preservar sus fuentes de trabajo. Asimismo, se realizará un análisis valorativo respecto de cómo estas intervenciones balancearon el interés de los trabajadores con los derechos de los restantes acreedores de la quiebra, y con la preservación del estado de derecho de manera más amplia.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El fenómeno de las empresas recuperadas en la Argentina apareció durante los años noventa, y tuvo su auge en períodos cercanos a la crisis del año 2001. Distintos estudios sociológicos han tratado de explicar qué factores posibilitaron que el recurso de las recuperaciones empresarias por manos de sus trabajadores alcanzara su plenitud en esa crisis en particular y no durante las anteriores, y que posteriormente se convierta en una herramienta estable del repertorio de los actores asalariados para preservar sus fuentes de trabajo¹.

Al respecto, se ha destacado la centralidad que tuvo el aprendizaje recabado en la década de los noventa sobre las dinámicas estructurales del desempleo, y la precarización del trabajo asalariado en la Argentina: el aprendizaje de que la desvinculación del mundo del empleo puede tornarse algo permanente. Asimismo, mientras algunos autores pusieron el énfasis de su explicación en el rol de las organizaciones promotoras de las recuperaciones², como ser el Movimiento Nacional de Fábricas Recuperadas por los Trabajadores (en adelante, el MNFRT), otros identifican como central el sentimiento de “injusticia y traición” generado por la percepción de la violación a un acuerdo social por parte de los empleadores para con los trabajadores. Estas injusticias generaron mucha fuerza al reclamo de los afectados por el desempleo, y motivó que construyeran lazos de solidaridad y redes internas para procurar resolver la situación de manera colectiva.³⁴

1 El hecho de que post crisis del año dos mil uno, sigan naciendo nuevas fábricas recuperadas, ha llevado a algunos autores a sostener que “la formación de cooperativas o empresas autogestionarias como forma de preservar el trabajo por parte de los antiguos asalariados se ha convertido en una herramienta de lucha incorporada firmemente a las posibilidades de acción de los trabajadores frente a conflictos que anteriormente aparecían como [insolubles].” Ruggeri, Andrés. *Las empresas recuperadas en la Argentina, 2010: informe del tercer relevamiento de empresas recuperadas por sus trabajadores*. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones de la Cooperativa Chilavert, 2011), 13.

2 Véase Rebón, La empresa... Sobre este punto, en cambio, María Amalia Gracia entiende al MNFRT como el “resultado temporal de una serie de estrategias que fueron ensayando y aprendiendo los trabajadores. Como tal, es necesario considerar al MNFRT como parte de un acervo de experiencias que han ido modelando otro tipo de prácticas y subjetividades entre los trabajadores que las protagonizaron”. María Amalia Gracia, *Fábricas de resistencia y recuperación social: experiencias de autogestión del trabajo y la producción en Argentina*. (México D.F., El Colegio de México), 218.

3 Gracia, *Fábricas de recuperación...*, 216.

4 “La desaparición de las compensaciones legales establecidas por el despido y la falta de pago de los salarios adeudados son elementos clave en la gestación del proceso. La vulneración de derechos adquiridos de los asalariados facilita que estos se consideren con derecho a apropiarse de la empresa. En cambio, en aquellos casos donde los trabajadores cobraron la indemnización correspondiente, la recuperación encuentra obstáculos para su desarrollo” Rebón, Julián. *La empresa de la autonomía: trabajadores recuperando la producción*. (Buenos Aires, Colectivo Ediciones: Picaso, 2007), 49. En el mismo sentido ver María Amalia Gracia y Sandra Cavalliere, “Repertorios en fábrica. La experiencia de

Más allá de cuál de las explicaciones anteriores creamos más representativa, lo cierto es que sabemos muy poco respecto de cómo, y en qué medida, la legislación de concursos y quiebras impacta en los incentivos y las estrategias de los trabajadores a la hora de aventurarse a un proceso de recuperación. El objetivo de este trabajo es contribuir modestamente a generar información en este sentido, a través de la reconstrucción y el análisis de un caso de recuperación fabril, de sus inicios hasta su finalización, con especial énfasis en cómo los trabajadores operaron los recursos legales y políticos que tenían disponibles. El desarrollo tendrá lugar en dos dimensiones. Una más descriptiva, donde reconstruiremos en qué medida y de qué manera la ley y el accionar estatal y judicial dificultaron o favorecieron la consecución de los intereses de los trabajadores en su lucha por la recuperación; y otra dimensión más normativa, donde indagaremos qué manera estos factores y herramientas jurídicas podrían, de ser posible o necesario, mejorarse para hacerlas más compatibles con nuestros compromisos constitucionales y con una visión respetuosa del estado de derecho.

El aporte de carácter exploratorio que esta investigación pretende llevar a cabo se realizará a partir de reconstruir el proceso de recuperación de la fábrica textil Alcoyana, tanto a través del análisis del expediente judicial donde tramitó su quiebra, como de entrevistas con los diferentes protagonistas del proceso. Esto por la simple razón de que cuanto mayor comprensión tengamos acerca de la forma en que se concretan y explican las recuperaciones fabriles exitosas en la práctica, estaremos en mejores condiciones de discutir qué tratamiento legal merece el fenómeno, y de pensar incluso si es que queremos establecer o no regulación alguna del fenómeno, que sería también una forma de respuesta.

Una cuestión importante a tener en cuenta para entender la práctica de las recuperaciones es que “no existe tal cosa como una recuperación fabril ‘típica’, porque muchas de las cooperativas persiguieron diferentes vías en su lucha por el control.”⁵ De esta manera, existen numerosas variables que pueden impactar en el devenir de una

la recuperación fabril en Argentina, 2000-2006”, Labour Again Publications, disponible en <http://www.iisg.nl/labouragain/documents/gracia-cavaliere.pdf> (Consultado por última vez el 30/07/2017); y Patricia Dávolos y Marcela Perelman, “Acción colectiva y representaciones sociales: los trabajadores de empresas recuperadas”, *Labour Again Publications*, disponible en http://www.iisg.nl/labouragain/documents/davolos_perelman.pdf (consultado por última vez en 30/07/2017).

⁵ Adam David Cole, “You Say You Want a Revolution: Argentina's Recovered Factory Movement”, *Hastings International & Comparative Law Review* 30 (2006-2007): 211-230. Todas las traducciones pertenecen al autor, excepto que se indique lo contrario.

recuperación fabril. La forma en que se presentan estos múltiples factores provee singularidades a cada empresa recuperada y resulta imposible reducir los mecanismos de recuperación a un manual de “mejores prácticas”.

En relación a la pregunta sobre la conveniencia de regular las recuperaciones fabriles por manos de cooperativas de trabajadores como una salida posible a crisis empresarias, vale aclarar como nota metodológica que de la misma manera en que se vuelve difícil hacer una valoración general negativa de la herramienta a partir de unos pocos casos patológicos, tampoco podemos basarnos sólo en un caso exitoso para hacer generalizaciones a la inversa.

En línea con el tópico propuesto, este trabajo se desarrollará en base a la siguiente metodología. En primer lugar, la investigación empírica estará basada en distintas entrevistas realizadas a diversos actores clave: el Dr. Luis Alberto Caro, abogado defensor de los trabajadores y presidente del Movimiento Nacional de Fábricas Recuperadas por los Trabajadores (MNFRT); un delegado sindical del Sindicato de Empleados Textiles de la Industria y Afines (SETIA) que era uno de los dos gremios que representaban a los trabajadores de la planta; el interventor judicial durante el salvataje; una de las funcionarias que llevó adelante el caso en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MtySS), y el Presidente de la cooperativa y otros trabajadores de la planta.⁶ Asimismo, se analizó el expediente judicial de la quiebra.⁷

El orden de exposición será el siguiente: a partir del punto 2) desarrollaré de manera muy sintética algunas características salientes de cómo se encuentra regulada la participación de las cooperativas de trabajo que pretenden recuperar empresas en el marco de la Ley de Concursos y Quiebras (en adelante, la “LCQ”), para así poner al tanto al lector sobre los aspectos normativos principales del proceso. En el punto 3)

⁶El síndico de esta quiebra, Eduardo Tomás Martinetti, socio del estudio Iglesias, Martinetti y Asociados, se negó a participar de la investigación a partir de una entrevista, razón por la cual la información sobre su visión del caso sólo será reconstruida a partir de lo que se pueda inferir de los hechos que surjan del expediente, o del relato del resto de los entrevistados.

⁷ El acceso al expediente físico sólo me fue posible en una oportunidad, dado que al momento de realizar el grueso de reconstrucción de los hechos judiciales, el mismo se encontraba en pase a la Cámara de Apelaciones, donde me permitieron interiorizarme con la documentación de manera muy breve. Sin embargo, el expediente puede ser consultado en formato digital en la página www.scw.pjn.gov.ar. Jurisdicción: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Número de expediente: 46163/2007. La versión digital del expediente no indica número de foja a la que corresponden los archivos, de allí se explica la omisión de este dato, contemplando sólo la fecha de la providencia, en caso de contar con la información. Cabe aclarar también que la versión digital del expediente no cuenta con todo lo que obra en el documento físico.

desarrollaré las características del caso bajo análisis, abordando el desenvolvimiento de la fábrica durante el período de intervención judicial previo a la quiebra, el desarrollo que llevó a la ruptura de la relación con los sindicatos, y finalmente cómo los trabajadores pusieron nuevamente la empresa en marcha. Reseñaremos también la intervención del Estado a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MtySS) como una de las piezas claves en el éxito de la recuperación fabril.

Bajo el punto 4) se encontrará la parte más normativa de este estudio, donde haremos un análisis de las dificultades legales y teóricas involucradas en los momentos donde podemos interpretar que la recuperación fue posibilitada (al menos parcialmente) a partir de los diferentes poderes del Estado, a saber: a) la asistencia económica a través del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, el “MTySS”); b) la forma en que se instrumentó el permiso judicial para que los trabajadores explotaran los bienes de la compañía; y c) la ley expropiatoria de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires.

II. LA REGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO EN LA QUIEBRA

El instituto de la continuidad del giro de la empresa quebrada no es ninguna novedad en nuestro ordenamiento jurídico⁸. Sin embargo, recién en mayo de 2002 la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) en su artículo 190 incorporaría por primera la previsión explícita de que los jueces, a los efectos de decidir sobre la continuación de la empresa quebrada, deberán tomar “en consideración el pedido formal de los trabajadores [...] bajo la forma de una cooperativa de trabajo”.⁹ Previo a esta reforma, la posibilidad de que los trabajadores adquirieran los activos de la fallida formando una cooperativa –ya sea a través del proceso de salvataje del artículo 48, o compitiendo con terceros en la venta de los activos luego de la quiebra– no se encontraba vedada, pero

⁸ Según Francisco Junyent Bas “...los primeros antecedentes de la conservación de la empresa se pueden encontrar en la ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325), ya que las normas del Código de Comercio y de la ley 4156 (Adla, 1989-1919, 546) sólo hacían referencia a la posibilidad excepcional de continuar el giro del deudor, pero no se lo distinguía de la realidad empresaria propiamente dicha” (Francisco Junyent Bas, “Las cooperativas de trabajo en el proceso concursal. Sobre espejos de colores y argucias legales: la necesidad de una interpretación solidaria”. *La Ley* 2003-E, 1046 (2003), 1).

⁹ Art 190 segundo párrafo, ley 25.589, de reforma a la ley de quiebras. B.O. 16/05/2002. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/70000-74999/74331/norma.htm> (consultado por última vez el 09/05/2017).

tampoco se observaban indicios de una preferencia del legislador por facilitar necesariamente esta alternativa.

En su redacción original, conforme Ley 24.522, la LCQ contemplaba la continuación de las empresas quebradas con el único propósito de posibilitar su liquidación como empresas en marcha, y así obtener un mejor valor. La protección de las fuentes laborales era vista como una preocupación que debía encontrar tratamiento en algún otro lugar por fuera de los procesos de quiebra. Esta visión comenzó a mutar al calor de la crisis del año 2001, donde las Empresas Recuperadas por los Trabajadores (ERT) tuvieron su auge en tanto fenómeno de hecho, y encontró un quiebre con la reforma de la LCQ del año 2011 mediante ley 26.684.

La reforma del año 2002 aportó una modesta contribución a este proceso al modificar el texto del artículo 190 de la LCQ, obligando al juez a que tomara en consideración los intereses de los trabajadores formados en cooperativa como especiales interesados en el destino de la compañía quebrada. No obstante, esto fue percibido como insuficiente por parte de la doctrina concursal, con motivo de que la continuación y adquisición de la empresa quebrada por parte de la cooperativa, encontraba severas limitaciones al menos en otros tres diferentes aspectos de la LCQ¹⁰, a saber: a) que el permiso de continuación de la actividad de una empresa quebrada de acuerdo al texto de la LCQ –versión Ley 25.589– estaba pensado como un mecanismo estrictamente excepcional; b) que aun cuando los trabajadores obtuvieran permiso para continuar la actividad de la empresa quebrada, la compañía podía ser adquirida por un tercero mediante el proceso de salvataje regulado en el artículo 48, quien podría adquirir “la empresa libre de vínculos laborales, si así lo prefiere”¹¹; y c) si acaso los trabajadores pudieran sobreponerse a estos dos escollos, aun debían contar con dinero en efectivo para poder integrar el precio por compra directa, toda vez que no les estaba permitido compensar sus créditos para ello.¹²

¹⁰ Javier A. Llorente, “Ley 26.684: Una trampa mortal para la eficiencia del sistema concursal”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* – N° 252 (2012).

¹¹ Junyent Bas, “Las cooperativas de trabajo...” Pág 6.

¹² Algunos autores, sin embargo, opinan que durante la vigencia de la ley anterior, el artículo 211 -que permitía a los acreedores con garantía real compensar sus créditos para adquirir los bienes gravados- se aplicaba de manera analógica a las cooperativas de trabajo, habilitándolas para utilizar los créditos de los que eran titulares sus asociados, hasta la concurrencia del importe de sus dividendos concursales para adquirir los activos contra la quiebra. Véase Juan Marcelo Villoldo, “La compensación como medio para la adquisición de la empresa por parte de los trabajadores” (trabajo presentado en la VI Jornada de

Estas “trampas” fueron desarmadas con –tal vez demasiado– entusiasmo por la reforma del año 2011. Por un lado, se flexibilizaron los requisitos para que el juez haga lugar al pedido de continuidad de la actividad de la empresa quebrada, y por otro lado se facultó explícitamente a los trabajadores organizados en una cooperativa a “hacer valer” (es decir, compensar) sus créditos contra la quiebra para afrontar el pago de los activos de la compañía.¹³ Adicionalmente, al modificar el procedimiento de enajenación de la empresa del artículo 205 LCQ, la ley 26.684 tuvo como nota distintiva “favorecer la adjudicación de la oferta de venta de activos concursales [...] a aquellas ofertas que aseguren el mantenimiento de la fuente de trabajo, aún cuando económicamente no constituyan la mejor oferta”¹⁴. Así, resultó eliminado el inciso 7) del citado artículo, que decía que “la adjudicación debe recaer en la oferta que ofrezca el precio más alto”, siendo reemplazado por el siguiente texto: “A los fines de la adjudicación el juez ponderará especialmente el aseguramiento de la continuidad de la explotación empresaria”.

La reforma de la LCQ enfrentó tanto críticas en relación a lo procedimental (idoneidad de la herramienta para que los trabajadores adquieran los activos de la empresa), como de fondo (idoneidad de la regulación de la participación de las cooperativas de trabajo en los procesos de quiebra en tanto política pública contra el desempleo). Me atrevería a decir sin demasiado margen de equivocación que la gran mayoría de la doctrina concursalista local coincidiría, cuanto menos en líneas generales, en la opinión de Rivera, Casadío Martínez, Di Tulio, Graziabile y Ribera sobre la

Derecho Concursal, Mendoza, Argentina, septiembre de 2004). Véase también Francisco Junyent Bas y Fernando M. Flores, *Las relaciones laborales ante el concurso y la quiebra* (Buenos Aires, Abaco, 2004) pag 457, citado en Villoldo, “La compensación como...”, 5. Darío Tropeano, “Cooperativa de trabajo y quiebra: su armonización en un fallo ejemplar”, *La Ley Córdoba*, 2003 (noviembre), 1185 (2003), comentando el leading case “Comercio y Justicia”, de la provincia de Córdoba, en el que se aplicó la compensación de créditos con garantía especial en la compra directa de la empresa quebrada. Tropeano aquí se pronuncia a favor de la inconstitucionalidad de prohibir la compensación a los ex dependientes, por entender dicha prohibición como un trato discriminatorio en relación al que se da a los acreedores con garantía real.

13 De acuerdo a la opinión del Dr. Caro, la expresión “hacer valer” significa que los trabajadores pueden compensar sus créditos hasta la concurrencia con el monto que estos deberían recibir si se integrara el precio estipulado para la compra de la empresa, no estando habilitados a hacerlo por la totalidad de sus créditos sin límite alguno. Tercera entrevista de Luis Alberto Caro con el autor el día 15/06/2012 en su estudio en la localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires. En el mismo sentido, ver José Escandell, “Las cooperativas de trabajo en la ley de quiebras. Visión crítica de la reforma proyectada”, *El Derecho*, 212-771, citado en Miguel Eduardo Rubín. “Las reformas a la Ley de Concursos y Quiebras del año 2011 y el fenómeno de las cooperativas de trabajo Comprobando que más difícil que sacar al genio de la lámpara es volver a meterlo en ella.”, *El Derecho*, (01/08/2011, nro 12.803), 243; Otro autor que hace un buen tratamiento de esta discusión es Lorente, “Ley 26.684: una trampa...”

14 Lorente, “Ley 26684: una trampa...”, 13.

inconveniencia de ser demasiado permisivos en la continuación de empresas quebradas en manos de cooperativas de trabajo. Cuando, por ejemplo, Julio C. Rivera comenta el texto del artículo 190 de la LCQ – que obliga al juez a tomar en “consideración el pedido formal” de continuación de los trabajadores conformados en cooperativa –, sostiene:

“Es un ejemplo de las soluciones mágicas, nacidas al amparo del voluntarismo que cree en la supervivencia de las empresas sin crédito ni tecnología ni gerenciamiento, y que han sido largamente denunciadas por la doctrina. Decíamos al comentar esta reforma que estábamos persuadidos que esto funcionará solamente en casos marginales, de pequeños talleres que no tendrán mayor relevancia económica, aunque seguramente causarán daño a los acreedores que verán postergadas sus expectativas de cobro”¹⁵

Esta última idea que acabamos de exponer también servirá como hipótesis a ser interpelada a través de nuestra evidencia empírica cualitativa. Es decir, podremos observar en un caso particular que dista de ser un pequeño taller, de qué manera se equilibró el interés de los trabajadores de preservar su fuente laboral, con el derecho de los restantes acreedores de percibir sus créditos en tiempo y forma.

III. EL CASO BAJO ANÁLISIS

La empresa Textil Alcoyana fue creada en el año 1991. Desde sus inicios funcionó en un predio que fue adjudicado el 28 de diciembre de 1990 a la sociedad Productos Textiles S.A en la quiebra de otra empresa textil, llamada Productex S.A, que en ese momento se encontraba cerrada y desmantelada¹⁶. El principal accionista de la sociedad era Santiago Abad Verdú, un español cuya principal iniciativa fue la reestructuración y complejización de la fábrica para que esta ampliara su actividad más allá de la tejeduría y la venta de tela por rollos, que eran las actividades que conformaban el objeto central de la actividad de Productex S.A.¹⁷

En su mejor momento, Productex S.A llegó a tener muchos más trabajadores que la textil Alcoyana. Esta última, que en su esplendor empleaba cerca de 600 obreros,¹⁸

15 Julio César Rivera et al., *Derecho Concursal* (Buenos Aires: La Ley, 2010), 243 Vol. I.

16 Sentencia de apertura de concurso preventivo. Productos Textiles S.A s/ Quiebra, en trámite en el Juzgado N° 6 Secretaría 11.

17 Diego Sosa en primera entrevista con el autor en las instalaciones de la Textil Alcoyana.

18 Entrevista con Diego Sosa. De acuerdo al escrito en el que se peticiona la Apertura del Concurso Preventivo que figura en el expediente, durante los 90 en Alcoyana había “más de 500 empleados”. Petición de apertura de concurso preventivo, Productos Textiles S.A s/ Quiebra...

sólo contaba con 350 dependientes en el momento previo a entrar en concurso preventivo de acreedores¹⁹. En el tiempo en que se decretó la quiebra permanecían un poco más de 200, y actualmente la cooperativa cuenta con 133 socios. El promedio de edad de los socios es de 49 años. La población femenina dentro del personal conforma aproximadamente 24% del total de trabajadores. El universo de trabajadores que se dedican solo a tareas administrativas ronda aproximadamente el 10%²⁰

Durante la gestión de Abad Verdú, el grupo empresario Alcoyana contaba con otra planta textil en el sur de Argentina, y varios locales de venta directa al público, que eran explotados por otra sociedad distinta a Productos Textiles S.A.²¹ Para el momento del concurso preventivo, el pasivo ascendía a \$39.374.991, de acuerdo al informe general del síndico.²²

El sector textil conforma el 7,63% del universo total de empresas recuperadas.²³ Las empresas de más de 100 trabajadores, como es nuestro caso, sólo conforman el 10% del universo total de empresas.²⁴ Respecto a la variable de antigüedad, de acuerdo con una muestra realizada sobre 72 casos ubicados en todo el país en el año 2005, sólo el 12% pertenecía al parque industrial fundado desde 1990 en adelante.²⁵ Es decir, cuanto más antigua resulta la infraestructura de la planta, es más susceptible a procesos de crisis empresarial.

Este panorama nos ayuda a saber de qué forma el caso que elegimos para esta investigación se ubica dentro del universo de ERT. Claramente la cooperativa Alcoyana no es representativa de las características de una cooperativa promedio, pero definitivamente está lejos de ser un pequeño taller cuyo valor económico carezca de importancia. En consecuencia, resulta un caso apropiado para testear la hipótesis del Dr. Rivera reseñada previamente, donde sostiene que la continuidad de la actividad

19 Petición de apertura de concurso preventivo Productos Textiles S.A s/ Quiebra...

20 Datos obtenidos vía mail con Diego Sosa en fecha 15 de mayo de 2017.

21 Juan Marcelo Villoldo, interventor judicial de la compañía durante el salvataje, en entrevista con el autor en el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires en 15/05/2012.

22 Informe general de la sindicatura, Productos Textiles S.A s/ Quiebra...

23 Programa Faculta Abierta, Centro de Documentación de Empresas Recuperadas. "Las empresas recuperadas por los trabajadores en los comienzos del gobierno de Mauricio Macri.", disponible en <http://www.recuperadasdoc.com.ar/informe-mayo-2016.pdf>, 7.

24 Estos datos son tomados de Gracia, *Fábricas de resistencia...*, 33-35. La muestra no incluye la cooperativa bajo análisis, por haber comenzado su actividad en 2010.

25 Programa Facultad Abierta, Centro de Documentación de Empresas Recuperadas. *Las empresas recuperadas en la Argentina*. (Buenos Aires. 2005), disponible en <http://www.recuperadasdoc.com.ar/Informes%20relevamientos/Empresas%20Recuperadas%202005.pdf> (consultado por última vez en 30/07/2017), pág 38.

empresarial por cooperativas de trabajo sólo puede ser una alternativa viable frente a casos de crisis de pequeños talleres, u otro tipo de emprendimientos de mano de obra intensiva.

A. El comienzo de las dificultades económicas

A pesar de que las políticas macroeconómicas de los años 90 no fueron favorables para el sector industrial textil,²⁶ Alcoyana creció en forma constante, hasta que “[e]n 2001, con la profundización de la crisis económica, el sector sufrió una baja generalizada en las ventas, y por primera vez la empresa debió recurrir a líneas de crédito bancarias”²⁷. En este contexto, la estrategia de los accionistas fue la búsqueda de un socio estratégico que capitalice la compañía, pero al no encontrarlo, “la principal consecuencia de la situación descrita fue la falta de capital de trabajo, lo que obligó a alquilar la planta a uno de sus clientes a fin de garantizar la producción y la operatividad de la misma.”²⁸ Con el fin de procurar estabilizar su situación financiera, Productos Textiles S.A. solicita la apertura de concurso preventivo para fines de septiembre del año 2007.²⁹

A pesar de los múltiples esfuerzos por alcanzar un acuerdo, la compañía no logró juntar las adhesiones necesarias para exteriorizar una propuesta que pueda ser razonablemente homologada en el juzgado, por lo que se dio curso al procedimiento de salvataje regulado en el artículo 48. Es decir, se abrió la posibilidad de que se presenten terceros a ofertar por la compra de la compañía, designando al síndico como coadministrador de la compañía mientras dure el procedimiento.

El síndico manifestó su imposibilidad para desempeñar esta tarea por exceder su incumbencia y los conocimientos necesarios para la actividad, alegando también que el cumplimiento simultáneo del rol de síndico y coadministrador suponía un conflicto de interés insubsanable. Esto en razón de que los deberes de contralor de la sindicatura garantizan la posibilidad de algún balance entre los intereses en conflicto, y no resulta aconsejable para ello que los roles de gestión y control de la gestión sean asumidos en

²⁶ Gracia, *Repertorios en fábrica...*, 33. Petición de apertura de concurso preventivo, Productos Textiles S.A s/ Quiebra...

²⁷ Petición de apertura de concurso preventivo, Productos Textiles S.A s/ Quiebra...

²⁸ Petición de apertura de concurso preventivo, Productos Textiles S.A s/ Quiebra...

²⁹ Ver pase al juzgado Comercial 6, Secretaría 11 de fecha 25/09/2007, en Productos Textiles S.A. s/ Quiebra...

una sola persona.³⁰ Teniendo en cuenta el pedido de la sindicatura, la jueza designa en fecha 19 de octubre de 2007 al contador Juan Marcelo Villoldo como interventor judicial. Fundamentando también la decisión en el hecho de que las gerencias y jefes de las distintas áreas de la compañía habían informado al síndico que desde octubre de 2008 la empresa carecía de la presencia del directorio.³¹

B. El salvataje y la intervención judicial

Una de las primeras tareas que la jueza encomendó al interventor fue que gestionara una tasación alternativa a la que habían presentado los evaluadores designados en los términos del artículo 262 de la LCQ.³² Ello porque dicha tasación estuvo muy por encima del precio arrojado en el informe general del síndico que databa de dos años atrás (Art. 39 LCQ). La preservación de la razonabilidad del precio era fundamental para no desalentar a potenciales interesados.³³

La tasación de los evaluadores había arrojado una suma de \$102.454.962, calculada en función de un escenario en el cual existiría “un flujo de fondos provenientes de operaciones futuras para un período de cinco años (2011/2015)”.³⁴ El problema de esta valuación es que se había estructurado a partir de un flujo incierto. Contemplando esta situación, la jueza redujo el precio de la empresa a \$50.440.000 (menos de la mitad de la valuación anterior); sin embargo, los esfuerzos por atraer al inversionista que salvara la empresa fracasaron. Así fue como el día 5 de mayo del año 2010 la magistrada debió decretar la quiebra de Productos Textiles S.A.

Recién entonces los trabajadores deciden ponerse en contacto con Luis Alberto Caro, quien presidía el MNFRT, y para ese entonces ya contaba con un buen nombre como abogado defensor de trabajadores frente a procesos de insolvencia empresarial. Tras ser consultado de forma particular por un par de operarios de la fábrica, Caro propuso acercarse a la planta para realizar una asamblea con todos los trabajadores, y explicarles las distintas alternativas legales que tenían a mano. Esta es la única condición que Luis Alberto Caro solicita siempre para proveer asesoramiento en este

³⁰ Entrevista con Juan Marcelo Villoldo.

³¹ Productos Textiles S.A. s/ Quiebra...

³² Según el artículo 48 de la LCQ, conforme su vigencia en ese momento, si existieran inscriptos para el salvataje, el juez debía designar un evaluador de acuerdo con el procedimiento del artículo 262 LCQ a fin de establecer el valor de mercado de la compañía.

³³ Entrevista con Juan Marcelo Villoldo.

³⁴ Resolución de valuación de las cuotas sociales de la empresa, Productos Textiles S.A s/ Quiebra...

tipo de conflictos: que la decisión se tome mediante una asamblea abierta. Asimismo, no pide honorarios fijos para iniciar su patrocinio legal, puesto que los trabajadores que se encuentran en este tipo de situaciones generalmente no cuentan con capital suficiente para afrontar ese costo.³⁵

El lunes 10 de mayo del año 2010 llevaron adelante la reunión donde los trabajadores votaron a favor de armar una cooperativa y recuperar la fábrica con el asesoramiento del Dr. Caro a sabiendas de que sería sólo el primer paso de una lucha que iba a desenvolverse en múltiples frentes: el terreno judicial, la política, y los obstáculos propios de la gestión empresarial para reinsertar la marca en el mercado. Eran perfectamente conscientes de que el punto que pretendían hacer frente al derecho –a saber, que su derecho a trabajar tenía prioridad frente a las expectativas de cobro inmediatas de los restantes acreedores– era de un voltaje suficiente como para trascender lo meramente argumental. Tal vez llegaría el momento en que para prevalecer necesitarían algo más que la razón: debían estar predispuestos a resistir y ejercer la violencia. Pero lo que estaba en juego era mucho y ninguno esperaba que el sacrificio fuera poco.

Sin embargo, el hecho de que la cooperativa se haya formado cinco días después de la declarada la quiebra es un indicador muy elocuente acerca de las expectativas de los trabajadores. Todos los actores involucrados en el proceso cooperaron de manera notable para conseguir una alternativa a la crisis a través de algún acuerdo. Los trabajadores en aquel momento querían continuar siendo trabajadores, y los empresarios, empresarios. Al día siguiente de conformar la cooperativa, los trabajadores modificaron su estrategia judicial y solicitaron su primer pedido de continuación, de acuerdo al texto del artículo 190 (en aquel momento, en su versión conforme Ley 25.589). A partir de ese momento la historia había cambiado.

C. La relación con los sindicatos

Durante el período del salvataje, previo a que se decretara la quiebra, la relación entre los trabajadores y los sindicalistas adoptó su tonalidad más conflictiva. La percepción de los trabajadores de falta de representatividad de los intereses de base en

³⁵ Se transcribe a continuación lo declarado por el Dr. Caro en entrevista con el autor: “Lo único que les digo a los muchachos es que después cuando ellos anden bien, se acuerden del Dr. Caro, que tiene varios hijos, y los compañeros después suelen ser muy generosos con lo que a uno le devuelven”.

el obrar del sindicato, decantó progresivamente en el abandono de la estructura sindical como canalizadora de las demandas laborales.

En la empresa Alcoyana convivían dos gremios: SETIA, que representaba al sector administrativo, y Asociación Obrera Textil (AOT), que representaba a los obreros. Un momento clave en el quiebre de la relación entre las bases y sus sindicatos ocurrió en oportunidad de una reunión con los gremios en la cual uno de los trabajadores, Diego Sosa, discutió en asamblea con el Secretario General de zona norte de AOT.³⁶ Este evento resultó determinante en la consolidación del liderazgo del proceso. Diego Sosa no contaba con experiencia sindical previa, pero la solvencia que había demostrado públicamente para reivindicar los intereses de sus compañeros lo convirtió en candidato natural para ser el primer presidente de la cooperativa. “En ese momento en particular [la discusión surgió] porque ya veíamos que no había muchas respuestas con lo que estaba pasando. [...] Yo sabía que el problema estaba en el juzgado, en el tema del concurso, cosa que los gremios nunca se metieron, entonces yo le planteé al [Secretario] de AOT qué estaba haciendo la AOT en el concurso, o sus abogados. Porque si el concurso no se resolvía la empresa quebraba, y me decían que en eso no se metían porque era algo comercial. Entonces nos agarramos: ¿Cómo no te va a interesar lo que pasa en el concurso de acreedores si puede terminar en una quiebra y no vas a tener nada más que defender? Ahí hubo un quiebre porque consideramos que no estaban haciendo bien las cosas.”³⁷

Si quisiéramos rastrear los momentos incipientes de la idea de conformar una cooperativa, la iniciativa aparece antes entre los sindicalistas de SETIA que entre los trabajadores, pero se gesta a espaldas de los mismos. Durante el lapso de la intervención, un abogado se aproxima al contador Villoldo, notificándole que estaban en vías de armar una cooperativa, y que uno de los delegados gremiales sería el presidente. Entonces el interventor decide averiguar, preguntando a los trabajadores, qué nivel de consenso encuentra la iniciativa. La respuesta daba cuenta de un escaso nivel de consenso.³⁸

³⁶ Entrevista con Diego Sosa.

³⁷ Entrevista con Diego Sosa.

³⁸ Entrevista con Juan Marcelo Villoldo.

Fernando Ruarte, ex delegado de SETIA, afirma que su gremio era más abierto a la posibilidad de la conformación de una cooperativa de trabajo, mientras que AOT buscaba la liquidación expedita de los bienes. Ruarte asevera que la intención de SETIA era demostrar que a través del sindicalismo se podía armar cooperativas que recuperan empresas, y hasta en su momento se había pensado proveer a los trabajadores de cobertura sanitaria bajo el mismo paraguas de las obras sociales sindicales. Los sindicalistas contaban con el asesoramiento y la experiencia de los trabajadores de la cooperativa de Los Constituyentes, que fue otro caso paradigmático de recuperación fabril, que se gestó con la ayuda de alianzas diferentes al MNFRT. Pero según cuenta Fernando Ruarte, SETIA no accedió a plegarse al proyecto promovido por Luis Alberto Caro, puesto que este tenía una forma demasiado “empresarial” de plantear el cooperativismo y la gestión fabril, cosa con la el sindicato no estaba de acuerdo.³⁹

De manera consistente con lo anterior, Luis Alberto Caro cuenta que al hacerse presente por primera vez en las instalaciones de Alcoyana recordó haber sido contactado previamente por otros trabajadores de la misma fábrica –los delegados sindicales–, quienes le manifestaron su voluntad de conformar una cooperativa. En aquella oportunidad, el Dr. Caro desaconsejó perseguir dicha alternativa. Les sugirió, por el contrario, optar en principio por las medidas del repertorio sindical tradicional. Se transcribe a continuación la entrevista mantenida en esa oportunidad por el autor con el mencionado profesional.

- “LAC: Yo en esos casos, lo que recomiendo es que se constituyan en huelga, en reclamo de los salarios, que frenen este desangrado por parte de los trabajadores que a veces duran años. [...] ‘Pero no tenemos el consenso, la AOT no nos va a acompañar’, y bueno, busquen el consenso les decía yo, explíquenle a los compañeros que esto va a seguir desgastándose hasta que cierren la fábrica.

- LPO: O sea, la idea de SETIA era la cooperativa, pero sugeriste que no ¿Por qué razón?

39 Entrevista telefónica con Fernando Ruarte. Estas declaraciones de Ruarte coinciden con la idea que los miembros del MNFRT tienen del rol de las cooperativas en la economía. Luis Alberto Caro promueve la idea de que las fábricas deben competir en el mercado para conservar el trabajo, sin promover fines ideológicos o políticos, ni oponerse al “sistema jurídico represor”. Es decir, no se busca fomentar la idea de una economía alternativa o solidaria, sino de insertar a las fábricas recuperadas en las propias dinámicas de competencia del mercado. Véase Gracia, *Fábricas de resistencia...*, 212.

- LAC: porque la cooperativa surge en abandono total del empresario, o cuando hay quiebra, en otras circunstancias la cooperativa es la demostración de que vos te querés adueñar del territorio. [...] No hay que enamorarse con hacer la cooperativa o recuperar la fábrica nosotros. Entonces, si los empresarios pagan o se ponen en compromiso de pagar en tiempo y forma o hacen un plan de pago, yo estoy recontra a disposición.”⁴⁰

La verdadera semilla de la autogestión, entonces, se remonta a un día cualquiera en que Walter Sorato, quien más adelante sería tesorero de la cooperativa durante varios períodos⁴¹, caminaba rumbo al trabajo aquejado por las circunstancias de crisis de la fábrica. A diario pasaba frente a una ERT de la rama metalúrgica, llamada FADIP. En una de esas oportunidades tomó la iniciativa de ingresar a la planta y preguntar a sus operarios cómo hicieron para preservar sus fuentes de trabajo. Los trabajadores de FADIP le ofrecieron contención, le relataron su experiencia, y le sugirieron contactar al Dr. Luis Alberto Caro, quien los había asesorado legalmente en el proceso de recuperación. Llegado el momento crítico, los trabajadores apelarían a esta experiencia.⁴²

El hecho de que los sindicalistas no estuvieran de acuerdo con contratar a Luis Caro no impidió que los delegados de SETIA participaran de aquella asamblea inicial donde los trabajadores evaluaron en conjunto, por primera vez, la posibilidad de conformar una cooperativa. En esa oportunidad, Caro vino acompañado de algunos trabajadores de FADIP, que compartieron su experiencia con los ex dependientes de Alcoyana. Acto seguido explicó a los trabajadores los aspectos legales del caso, y las implicancias de aventurarse a un proceso de recuperación. Finalizada la asamblea, en un gesto de conciliación y apertura, los trabajadores votan por mayoría nombrar a dos delegados de SETIA en la dirección de la cooperativa: un ex trabajador de apellido Pereyra fue nombrado como miembro del Consejo Administrador, y otro ex trabajador y también delegado sindical, de apellido Ferreira como vocal titular.⁴³

⁴⁰ Luis Alberto Caro en segunda entrevista con el autor, el martes 10 de abril de 2012 en su estudio jurídico en la localidad de Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.

⁴¹ Última entrevista con Diego Sosa y Cristian Pucheta en mayo de 2017.

⁴² Entrevista con Diego Sosa.

⁴³ Entrevista con Diego Sosa.

Al día siguiente presentarían a la cooperativa en el proceso judicial, para así solicitar la continuación de la actividad conforme el artículo 190 LCQ. Pero llegado el momento ninguno de ambos ex delegados de SETIA se hizo presente en la fábrica para firmar los papeles correspondientes. Luego de varias horas sus compañeros logran comunicarse con Pereyra, que pide que retransmitan a los demás miembros de la cooperativa que no formará parte de la iniciativa, alegando incompatibilidades con su cargo sindical.⁴⁴

D. Gestión y puesta en marcha de la fábrica

Esa misma tarde del 10 de mayo de 2010 en que los trabajadores se reunieron por primera vez con Luis Caro, se organizó una reunión con varias otras cooperativas del MNFRT. Allí las otras empresas del movimiento se solidarizaron con Alcoyana para que empezara su propio proceso de recuperación. Les aportaron dinero para subsistir algunos días, y para cancelar las deudas de gas y electricidad cuyo suministro había sido interrumpido. En algunos casos varias cooperativas también proveyeron otro tipo de bienes de producción propia.⁴⁵

A la brevedad pusieron en marcha los dos únicos telares que estaban cargados con materia prima. Una vez colocado en el mercado este primer producto, el dinero producido fue reinvertido en la compra de más materia prima, sin repartir casi nada del mismo entre los trabajadores.⁴⁶

Al contrario de lo que uno podría creer, los cooperativistas no encontraron dificultad alguna en colocar sus productos en el mercado. Los principales compradores fueron los viejos clientes de Alcoyana, que fueron contactados por los propios trabajadores telefónicamente. La realidad es que, de acuerdo con el testimonio de Diego Sosa, la facilidad con la que los productos fueron colocados se explicaba, en parte, porque “la empresa hace un montón que venía mal y había muchísima demanda atrasada que no se entregaba e incluso muchos que creían que no estaba más en plaza la empresa, entonces cuando llamamos, interés en comprar había, obviamente”⁴⁷

⁴⁴ Productos Textiles S.A s/ Quiebra... “Rechaza falsas denuncias- presenta constitución definitiva de cooperativa- se nombre depositarios judiciales” y entrevista con Diego Sosa.

⁴⁵ Incluso colaboraron aportando bienes comestibles para paliar las dificultades microeconómicas de cada hogar. Por ejemplo, la cooperativa Avícola Moreno contribuyó aportando pollos de su producción propia, conforme lo declarado por Diego Sosa en entrevista con el autor.

⁴⁶ Entrevista con Diego Sosa.

⁴⁷ Diego Sosa en segunda entrevista con el autor el día 11/06/2012 en las instalaciones de la Textil

Puesto que los trabajadores no contaron con capacidad de facturación hasta tanto la AFIP no los inscribió en agosto del 2010, Alcoyana vendía sus productos contra facturas que eran prestadas por otras cooperativas del MNFRT. Sin embargo, esta situación de irregularidad no significó un impedimento para la colocación de sus productos, pues gran parte de las transacciones iniciales fueron respaldadas por relaciones de confianza con los clientes. Al respecto, se transcribe a continuación un fragmento de una de las entrevistas realizadas con Diego Sosa en la planta de Alcoyana:

- L: *¿Los primeros clientes fueron uno o varios?*

- D: *No, hubo varios, pero hubo uno [del] que siempre me acuerdo, de Tierra del Fuego. Uno de los primeros que nos compró, aparte nosotros no teníamos cuenta bancaria como cooperativa y no había forma de que nos depositaran los giros o nos enviaran [el dinero]. Entonces esos primeros clientes nos depositaban a nombre personal. Hacían giros a nombre de nosotros tres, los principales cargos, entonces cobrábamos a cuenta personal y traíamos el dinero a la fábrica. Los primeros clientes mandaban la plata a nombre de nosotros y teníamos que mandar la mercadería.*

- L: *Ah... Mucha confianza*

- D: *Sí, loco o confanzudo. Por ahí algunos conocían a Matías que era quien los llamaba. En realidad si vamos al caso, te estoy mandando plata a nombre de un desconocido que no sé si me va a mandar la mercadería. Ellos también se la jugaron.*⁴⁸

En este caso, como sucedió con otras cooperativas,⁴⁹ la compra de materia prima resultó una dificultad, puesto que los principales insumos con los que Alcoyana trabaja – algodón y poliéster –, son producidos por empresas oligopólicas, que no venden materia prima en pequeñas cantidades.⁵⁰ Esto los obligó a recurrir a pequeños proveedores, que vendían con precios menos competitivos, puesto que son revendedores de los grandes. Así, Diego Sosa nos cuenta que uno de sus proveedores iniciales, que encontraron en la localidad de San Martín, en determinado momento no los pudo abastecer por las cantidades que la cooperativa comenzaba a necesitar. Así fue

Alcoyana.

⁴⁸ Entrevista con Diego Sosa.

⁴⁹ Véase Gracia, *fábricas de resistencia...*, 324, donde se hace una descripción del caso de la Cooperativa Los Constituyentes.

⁵⁰ Con el agravante en este caso particular, que la proveedora de algodón de la región fue una de las compañías que intentó comprar la empresa durante el proceso de salvataje.

como, luego de un tiempo, acumularon capital y lograron comprar a uno de los proveedores grandes en las cantidades que estos exigían.⁵¹

Más que los problemas de informalidad legal, uno de los escollos más importantes para la reactivación de la productividad fue la desinversión heredada. La mayoría de las máquinas, según el presidente de la cooperativa, cuentan con más de 20 años de antigüedad. Aún peor: en aquel momento regían en la Argentina numerosas restricciones cambiarias y aduaneras, que volvían prácticamente imposible conseguir repuestos para reparar las que dejaron de funcionar.

Alcoyana cuenta hoy con cerca de 70 telares. En los mejores momentos del proceso de recuperación llegaron a tener en funcionamiento por encima de 50, y al día de hoy la reducción de la demanda y la contracción económica puso el número en 25, es decir, un poco menos de la mitad de su capacidad instalada. La mayoría de los que no están aptos para la producción son los telares que se utilizan para la producción de frazadas. Esto tiene que ver con que este producto es más caro y las veces que se elaboró fue muy difícil de colocar en el mercado. De allí que la inversión en reactivar estos telares no haya sido una prioridad. En cuanto a la infraestructura, una de las herramientas principales para la actividad son las calderas. Alcoyana cuenta con dos, pero una de ellas no está apta para funcionar. Si bien la planta logra producir con una sola caldera, la infraestructura no daría a basto si quisieran poner a funcionar la planta al máximo de su potencial productivo.⁵²

E. El rol del Estado

Si bien el capital inicial con el que los trabajadores contaron para poner en marcha la producción partió fundamentalmente de otras empresas del MNFRT, y de la poca materia prima y máquinas aptas para producir, el MTySS fue un actor importante para inyectar capital en la cooperativa. Ello fue gracias a la política de Modalidad de Pago Único de las Prestaciones por Desempleo (el “Pago Único”), cuyas características desarrollaré a continuación.

En Argentina, la ley 24.013 – Ley de Empleo⁵³ establece en su título IV ciertas protecciones para los dependientes desempleados. Entre ellas un sistema integral de

⁵¹ Entrevista con Diego Sosa.

⁵² Entrevista con Diego Sosa.

⁵³ Ley de empleo 24013 y sus modificatorias, B.O 17/12/1991. Disponible en

prestaciones para todos los trabajadores cuyo contrato se rija por la Ley de Contrato de Trabajo. Para acceder a las prestaciones por desempleo, el trabajador deberá haber tributado a la seguridad social, como mínimo, durante un período de 6 meses en los últimos 3 años anteriores al cese del contrato de trabajo. La cantidad de meses durante los cuales se percibirá el beneficio se calcula de acuerdo al tiempo que se haya tributado al Fondo de Desempleo. El máximo será de 12 meses cuando el empleador hubiere ingresado aportes durante 26 meses.⁵⁴ Estas remuneraciones mensuales pueden ser percibidas de manera simultánea bajo la modalidad de Pago Único cuando los beneficiarios se constituyan como trabajadores asociados o miembros de cooperativas de trabajo existentes, a crear, u alguna otra forma de trabajo asociado”.⁵⁵

La modalidad de cobro del Pago Único tuvo su primera reglamentación a través del decreto 739 del año 1992.⁵⁶ El proceso para acceder al beneficio se encuentra enmarcado en el Programa de Empleo Independiente y Entramados Productivos Locales (el “Programa de Empleo Independiente”), cuyo reglamento fue aprobado mediante Resolución 1862/2011 de la Secretaría de Empleo (y sus modificatorias).⁵⁷

En nuestro caso, los trabajadores optaron por recurrir al Pago Único para inyectar capital y lograr una expansión más rápida. No obstante, como esto implicaba que los importes de las prestaciones por desempleo se dejarían de percibir mes a mes hasta el momento en que el pago se apruebe⁵⁸, decidieron en asamblea que aquellos que optaran por tramitar el pago único para invertirlo en la fábrica tendrían un porcentaje mayor de retiros mensuales que aquellos que no lo hicieran. Asimismo, quienes quisieran con

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/412/texact.htm> (consultado por última vez el 26/07/2012).

⁵⁴ Los montos a percibir en los primeros cuatro meses se calculan tomando un porcentaje del mejor salario percibido en los últimos 6 meses anteriores al cese del contrato de trabajo. En los subsiguientes se toma un porcentaje de esta suma.

⁵⁵ Art. 127 Ley de Empleo.

⁵⁶ 739/1992, Decreto reglamentario de la Ley de Empleo, B.O 05/05/1992, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/8767/norma.htm> (consultado por última vez el 26/07/2012).

⁵⁷ B.O. 06/10/2011 <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/187881/texact.htm> (consultado por última vez en 16/05/2017).

⁵⁸ Resolución MTySS, 857/2002, art 1º inc b. Disponible en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/80987/norma.htm> (consultado por última vez en 31/07/2017). Vale aclarar que hasta que el trámite obtuvo curso exitoso, pasaron cerca de siete meses hasta que los trabajadores que optaron por esta modalidad de liquidación recibieron el dinero, sin percibir en el medio ninguna suma del Seguro de Desempleo.

posterioridad igualar los retiros de sus compañeros podían hacerlo en cualquier momento integrando el mismo monto que los demás, en cuotas o al contado.⁵⁹

Así fue como de los 120 socios, cerca de 70 optaron por hacer la inversión en el momento inicial, y hoy quedan pocos de aquella época que no la han hecho.

Los retiros semanales de los trabajadores que invirtieron el monto del Pago Único en la cooperativa, en 2011 equivalían a \$4600 pesos mensuales, mientras que para aquellos que no optaron por esta alternativa la suma ascendía a \$3800 pesos. Al día de hoy, los retiros equivalentes a estas categorías ascienden a \$10.000 y \$8.500 pesos, respectivamente, y se adicionó una tercera categoría para aquellos trabajadores que deseen asociarse a la cooperativa sin pertenecer al grupo fundador. Los retiros de esta tercera categoría equivalen a \$7.000 pesos.⁶⁰

Al momento que se condujo la primera versión de este estudio (año 2012), los socios que tenían retiros mayores se encontraban superando en un 100% el monto establecido como Salario Mínimo Vital y Móvil,⁶¹ mientras que los demás lo superan por cerca de un 65%. Esta tendencia positiva en los ingresos de los trabajadores, sin embargo, fue revertida durante los últimos años. Al día de hoy, los retiros de los trabajadores de la categoría más alta sólo superan el monto del Salario Mínimo Vital y Móvil al mes de junio de 2017 en un 12,86%, y los de la categoría inmediatamente inferior, no logran alcanzar ese monto por muy poco.

En lo que hace a la preservación de las fuentes de trabajo y la creación de nuevos puestos, al momento de conducir el primer trabajo de campo, Alcoyana contaba con 125 operarios (13 de los cuales se encontraban en período de prueba)⁶². Al día de hoy

⁵⁹ Entrevista con Diego Sosa.

⁶⁰ A estos retiros, al día de hoy habría que sumarle las sumas que se encuentran percibiendo por la asistencia de la línea I del Programa de Trabajo Autogestionado, que asciende a \$4.000 pesos. De este monto, los trabajadores acordaron dejar 2.000 en la cooperativa para su reinversión, y retirar otros 2.000 mensuales. Entrevista con Diego Sosa y Cristian Pucheta.

⁶¹ Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil. Resolución 2/11 <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/186091/texact.htm>. Establecido actualmente en \$8.060 mediante Resolución 2/2016 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/260000-264999/261591/norma.htm>.

⁶² Entre las empresas recuperadas suele encontrarse bastante reticencia a la hora de incorporar nuevos socios por parte de los que vivieron las asperezas del proceso de recuperación. No obstante, la Resolución INAC 360/1975 prohíbe a las cooperativas contar con trabajadores en relación de dependencia, salvo por razones muy específicas y plazos acotados. Una vez excedidos los plazos previstos, la cooperativa deberá incorporar a los trabajadores como asociados de la cooperativa, o serán pasibles de sanciones de acuerdo al artículo 101, de la Ley de Cooperativas 20.337.

el número de socios asciende a 133.⁶³ En este aspecto, de manera coincidente con los resultados arrojados por otros estudios⁶⁴, observamos que la recuperación no se mostró sólo como una forma de preservación de los puestos de trabajo ya existentes, sino que también generó nuevos puestos. En lo que hace a la pérdida de poder adquisitivo de los retiros de los operarios, si bien es un dato desalentador, debe ser interpretado a la luz de los datos macroeconómicos de la Argentina actual. La pérdida de poder adquisitivo de los salarios por la inflación ha sido un fenómeno generalizado del mercado laboral de los últimos tiempos, aunque no contamos con datos contundentes en relación a si esta tendencia fue más o menos acentuada en cuanto a las cooperativas.

F. Organización del poder en la fábrica

Alcoyana tiene reuniones de asamblea con todos los socios de forma mensual. Sin embargo, durante el último período de 2016 y principios de 2017 estas adquirieron carácter semanal con motivo de que se renovó el Consejo Administrador, y la gestión saliente dejó atrás una condición financiera muy precaria. Esto motivó que la nueva administración tuviera que recortar los retiros mensuales en un 25%. Este tipo de decisiones tan delicadas son tomadas en asamblea, e implican mucha deliberación. Eso explica el aumento en la cantidad de asambleas durante el último período. Las decisiones respecto de qué destino dar a las utilidades de la compañía, de acuerdo a los testimonios de Walter Soreti y Diego Sosa, también son tomadas en asamblea.⁶⁵

Los cargos del Consejo de Administración son reemplazados cada tres años. Desde que se formó la cooperativa han pasado tres distintas comisiones y cuatro presidentes. La razón por la cual han pasado más presidentes que comisiones tiene que ver con que durante la gestión 2013/2016, se propuso aumentar el reparto de las ganancias de un 33% de la ganancia neta, a un 38%. La nueva dirección había asumido con esta premisa, pero al poco tiempo de avanzar con la gestión los restantes miembros del Consejo de Administración advirtieron que este incremento no era sustentable. De esta manera, el

⁶³ El número actual de socios que conforman la cooperativa fue provisto al autor por Diego Sosa vía mail en fecha 15/05/2017.

⁶⁴ Gracia, *Fábricas de resistencia...*, 293–295, haciendo un análisis de la capacidad generadora de nuevos puestos de trabajo sobre 36 empresas recuperadas pertenecientes al MNFRT.

⁶⁵ Segunda entrevista con Sosa, en la que intervino algunos minutos Walter Soreti.

presidente optó por renunciar, motivado en que no podría llevar adelante la iniciativa por la cual había sido elegido.⁶⁶

El tiempo dio la razón a aquellas voces que se oponían al incremento. Cuando se realizaron nuevas elecciones para renovar el Consejo de Administración en el año 2016, reeligieron a varios de los miembros de la comisión directiva original. El actual presidente, Cristian Pucheta, Diego Sosa como Síndico, y nuevamente a Walter Soreti como tesorero. Esta nueva gestión se encontró con que habían heredado una deuda impositiva con el Estado, puesto que los incrementos en los retiros se habían sustentado mediante la suspensión del pago del IVA.⁶⁷ El camino elegido para recuperarse de esta situación (reducción del 25% en los retiros de todos los miembros) es elocuente en relación a la capacidad de los trabajadores autogestionados para corregir el rumbo frente a comportamientos predatorios de la administración.

Otro de los puntos que desvelan a la doctrina local es la posibilidad de que la gestión cooperativa de las empresas resulte en un trato discriminatorio para el resto los acreedores laborales que no deciden conformar la cooperativa. En nuestro caso en particular, la convocatoria a conformar la cooperativa fue amplia, y transmitida a todos los trabajadores por igual, incluso los delegados sindicales, como se reseñó anteriormente. Este criterio de admisión fue modificado luego de que pasados tres meses de puesta en marcha de la planta, se acercara un ex dependiente de la fábrica a pedir incorporarse al proyecto. Esto generó un debate fuerte entre los socios de la cooperativa, puesto que este ex compañero, que ya era un hombre entrado en años, había sido muy cercano a los sindicalistas, y en alguna oportunidad se manifestó públicamente en contra de la iniciativa del resto de sus compañeros por recuperar la empresa.

Finalmente la asamblea decidió incorporar a este compañero, porque sus miembros entendieron que “era una buena persona que simplemente se había equivocado”⁶⁸, pero con ello se abrió otro debate: ¿Qué hacer con quienes quieran incorporarse en adelante? Tras mucha deliberación decidieron dar dos meses más de tiempo para que todos aquellos que no quisieron arrancar con el proyecto tengan la oportunidad de sumarse

⁶⁶ Entrevista con Diego Sosa y Cristian Pucheta.

⁶⁷ Entrevista con Diego Sosa y Cristian Pucheta.

⁶⁸ Segunda entrevista con Sosa.

sin condicionamientos. En ese lapso aprovecharon para llamar por teléfono a todos los que pudieron, pero fueron muy pocos quienes se interesaron por avanzar con la continuación. Pasado este tiempo, “el que venga de ahora en más vamos a evaluar muy bien, ya va a ser distinto [dijeron los trabajadores] porque no es lo mismo querer sumarte en los primeros dos meses que estamos en veremos, que vengas un año después, ocho meses después cuando está todo encaminado.”⁶⁹

G. El intento de desalojo

El día 5 de mayo de 2010, al declarar la quiebra de la empresa, la jueza Ciruli ordenó al síndico a realizar la clausura, incautación e inventario los bienes existentes en la empresa, y de ser necesario, recurrir al auxilio de la fuerza pública para allanar el domicilio en caso de encontrarse con “resistencia indebida”.⁷⁰

Nueve días después de decretada la quiebra, en fecha 14 de mayo de 2010 la jueza volvió a insistir en el cumplimiento de la orden anterior, con motivo de un informe presentado por la sindicatura, en el cual se ponía en conocimiento a la magistrada una denuncia presentada por los sindicatos.

La denuncia sostenía que el Dr. Caro habría entrado a la fábrica con “grupos de choque” del MNFRT, que habían tomado por la fuerza las instalaciones y que se encontraban “vendiendo al público en el local de la tienda del frente del edificio la mercadería que es garantía de los salarios e indemnizaciones de los trabajadores”⁷¹. El síndico manifestó haberse hecho presente en la planta y corroborado “la veracidad de los hechos expuestos”⁷².

Esta denuncia fue desmentida diez días después en el juzgado por los miembros del Consejo de Administración de la cooperativa Alcoyana. La propia jueza manifestó su estupor frente la denuncia, puesto que en el primer pedido de continuidad que los trabajadores presentaron bajo el patrocinio del Dr. Caro dos de los miembros del Consejo de Administración de la cooperativa en formación eran ex delegados sindicales de SETIA. Estos delegados habían consentido ocupar dichos cargos en la asamblea

⁶⁹ Segunda entrevista con Sosa.

⁷⁰ Todo ello conforme lo dispuesto por el artículo 177 LCQ. Véase resolución donde se decreta la quiebra, Productos Textiles S.A s/ Quiebra...

⁷¹ Productos Textiles S.A s/ Quiebra... “Sindicatura informa sucesos”.

⁷² Sindicatura informa sucesos, Productos Textiles...

general acaecida dos días atrás de efectuada esta denuncia, tal como describí anteriormente en este trabajo.

Independientemente de la veracidad o no de lo expuesto, la jueza pidió que se cumpliera con lo establecido por el artículo 177 de la LCQ, y se proceda a desocupar y clausurar la planta de manera previa a que el tribunal se pronuncie sobre la solicitud de continuidad presentada por la cooperativa. A pesar de la claridad de la ley y del mandamiento, el intento de desalojo no se consumó hasta cuatro meses después, un día 7 de septiembre, a las 18 hs, momento de la tarde en el que casi todos los trabajadores habían abandonado las instalaciones luego de finalizada su jornada de trabajo.⁷³

El síndico se presentó junto con efectivos policiales, obligando a los obreros a que se retiraran de la planta para poder hacer el inventario correspondiente. Frente a esto, los trabajadores desalojados llamaron a los que volvieron a sus casas, y a su abogado. Este último a su vez anotició a otros trabajadores de otras fábricas recuperadas pertenecientes al MNFRT para que se solidarizaran con los compañeros que se estaban disponiendo a resistir el desalojo.

El Dr. Caro llegó a las instalaciones de la planta cerca de las 19:30 horas. Afuera de la fábrica había una enorme cantidad de trabajadores tanto de la propia fábrica como de otras empresas recuperadas pertenecientes al MNFRT. Muchos de quienes estaban allí habían pasado por otros intentos de desalojo. El temor a perder sus fuentes de trabajo y desinsertarse para siempre del sistema económico había convertido a esos hombres y mujeres laboriosos en soldados del pan de sus hogares. Sin nada que perder, amedrentaban mucho más de lo que podían ser amedrentados por la empuñadura del bastón y los escudos policiales.

Antes de ingresar al predio a negociar con el síndico, el abogado de los trabajadores apaciguó los ánimos afuera de la planta. Al igual y a diferencia que Francisco Narciso de Laprida⁷⁴, Luis Alberto Caro –un hombre de las leyes y los cánones– se había situado

⁷³ Entrevista con Diego Sosa.

⁷⁴ La referencia alude a un evento de la historia argentina inmortalizado por la pluma de Jorge Luis Borges en el Poema Conjetural. Este párrafo dialoga con una lectura del Poema Conjetural donde se refleja a la ley como el canon que hay que atacar para ejercer venganza. De esta manera, el entendimiento de la ley como un gesto de rigidez formalista donde las voces de los gauchos quedan fuera, es sólo el inicio de un espiral de violencia donde los letrados y el Estado de derecho encuentran la muerte a manos de los gauchos. Para una discusión sobre de la literatura de Borges y la construcción de autoridad, véase Martín Böhmer, “Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional”. En *Teoría y crítica del derecho constitucional*.

con solvencia en numerosas oportunidades tras las líneas del peligro; un defensor con todas las letras, capaz de convertirse en un desalojado más si las circunstancias llegaran a ameritarlo. El letrado llamó a la calma y dejó por si acaso algunas escasas indicaciones magistrales para quienes nunca habían vivido un desalojo: si la policía los embestía debían cubrirse el cráneo con los antebrazos, soportar el primer golpe de bastón y tirar al agresor al piso. Y de ser posible, acompañar con un poco de trabajo en equipo.⁷⁵

El síndico Martinetti se encontraba en las oficinas de administración con los funcionarios judiciales que se habían apersonado a cumplir la diligencia. Los ánimos afuera de la planta estaban caldeados, por lo que el síndico manifestó su voluntad de poner cierre al conflicto de inmediato.⁷⁶ Cerca de las 22 hs, Martinetti, accedió a nombrar depositarios judiciales al Dr. Luis Alberto Caro y a otro abogado de los trabajadores de apellido Fernández –de acuerdo a las facultades que le otorga el art. 177 inc 3 LCQ–, y procedió a suspender la confección del inventario para el día siguiente. Cosa que nunca sucedió.

Por fuera de la posibilidad de otorgar la continuación inmediata del giro empresario de acuerdo al artículo 189 LCQ, y el permiso judicial regulado en el artículo 191 LCQ, el síndico cuenta con una facultad genérica de contratar –previa autorización del juez– sobre los bienes de la quebrada con el fin de obtener frutos –art. 186 LCQ–. No obstante, esta prerrogativa encuentra su límite en el caso que el contrato implique una disposición total o parcial del bien. Dadas las circunstancias en que se negoció el permiso para permanecer en la fábrica, no hubo tiempo a negociar el pago de un canon. Por ello, la única alternativa posible para solucionar rápidamente el problema fue recurrir del artículo 177 inc 3, del Capítulo IV (“Incautación, conservación y administración de los bienes”) de la LCQ, que habilita al síndico a designar como depositarios judiciales a terceras personas en posesión de los bienes del deudor, “si fueran personas de notoria responsabilidad”.

Editado por Gargarella, Roberto, Lucas Arrimada, Federico Orlando, and Nadia Rzoncinsky. Buenos Aires: Abeledo-Perrot (2009).

⁷⁵ Entrevista con Luis Alberto Caro.

⁷⁶ Los trabajadores de Alcoyana por sí solos llegaban a 120 personas. Casi de inmediato se sumaron todos los trabajadores de FADIP, la fábrica metalúrgica que se encuentra a pocas cuadras de Alcoyana. La cantidad de trabajadores miembros del MNFRT que se acercaron a solidarizarse con sus compañeros, de acuerdo a las entrevistas, ascendió a un número cercano a 500 personas, conforme lo declarado por Diego Sosa en entrevista con el autor en las instalaciones de la fábrica.

Los funcionarios del tribunal firmaron la diligencia temblando al ritmo de los tambores y las bombas de estruendo. Los cristales temblaban como los hombres y afuera de la oficina había la noche. Previo a retirarse de la planta pidieron al Dr. Caro que indicara a los trabajadores del MNFRT que se retiraran hasta la esquina para garantizar su seguridad. Así se hizo. Los funcionarios y auxiliares de la justicia cruzaron el portón de ingreso y se alejaron no sin antes atravesarlo con la faja de plástico que indicaba su clausura, como mandaba la orden judicial.

H. La resolución del conflicto

Luego de fracasado el desalojo, el Dr. Caro insistió nuevamente con el pedido de continuación de la actividad empresarial conforme al artículo 190 LCQ⁷⁷. Pasaron los meses sin que el juzgado se pronunciara, hasta que en fecha 30 de marzo de 2011 se llama a mejorar la oferta de compra realizada por Tiferet 26 S.A. Esta circunstancia tomó por sorpresa a la cooperativa, e hizo que los trabajadores de la fábrica se movilizaran a protestar hacia las puertas del juzgado, y que el abogado de los trabajadores presentara un pedido de recusación de la magistrada interviniente.⁷⁸ A partir de estas repercusiones, la jueza dio marcha atrás con el llamado a mejora de oferta, y Luis Alberto Caro retiró su pedido de recusación. Este conflicto, sin embargo, importó un aprendizaje para los involucrados en el proceso: cualquier oferta con aspiraciones de prosperar debía ser conversada con los trabajadores de la cooperativa como especial actor interesado.

Un mes más tarde, la legislatura de la PBA sanciona una ley de expropiación de los bienes de la cooperativa.⁷⁹ Apenas después la LCQ sufre su última reforma. Luis Alberto Caro entonces aprovecha la oportunidad para presentar un tercer pedido de autorización de la continuación en el juzgado.⁸⁰ Con la cooperativa debidamente inscripta en el INAES, una ley expropiatoria a su favor, y el nuevo texto de la LCQ (a

⁷⁷ Productos Textiles S.A s/ Quiebra..., Escrito de fecha 14/09/2010, “Cooperativa de trabajo Alcoyana pide tenencia provisoria”.

⁷⁸ Entrevista con Diego Sosa y Cristian Pucheta.

⁷⁹ Ley Provincial de la Provincia de Buenos Aires 14254, de expropiación de Alcoyana, B.O 29/04/2011, disponible en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14254.html> (consultado por última vez en 29/05/2017). Las implicancias jurídicas de la introducción de esta variable serán tratadas más adelante.

⁸⁰ Ley 26.684, B.O. 30/06/2011, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=183856>. (consultado por última vez en 30/07/2017).

todas luces más favorable a las cooperativas de trabajo), todo invitaría a pensar que el juzgado no contaba demasiado margen para denegar la solicitud. No obstante, el pedido de continuidad conforme el nuevo texto del art. 190 LCQ nunca fue resuelto, y la cooperativa continuó explotando la fábrica desde la informalidad mientras se mantenían las conversaciones para dar salida al conflicto.⁸¹

Luego de rechazada la oferta de Tiferet 26 S.A., los empresarios ofertantes se aproximaron a los trabajadores para comenzar un arduo proceso de negociación, y cerrar un acuerdo que pudiera ser homologado en la quiebra sin dificultades. Así fue como en fecha 16 de abril de 2014 (cerca de tres años después) se presentó una nueva propuesta de oferta, realizada por el mismo grupo empresario, pero bajo una compañía denominada Galopenim S.A.

La propuesta, en cuanto a su sustancia, consistía en: (i) el pago de dieciocho millones de pesos (\$18.000.000) por la adquisición de la totalidad de los bienes de la compañía; (ii) el compromiso de donar una fracción del predio (28.117,17 m²) y las maquinarias a la cooperativa; (iii) “asumir las gestiones administrativas, procesales, registrales y toda otra índoles que resulten necesarias para efectivizar la transferencia del dominio de inmuebles y soportar los costos de trámites, sellados y escrituras pertinentes”⁸²; (iv) brindar asistencia productiva a la cooperativa mediante un contrato de provisión de mercaderías por el término de ocho meses, hasta la suma de \$8.000.000; y finalmente (iv) el compromiso de ceder a la cooperativa en comodato la parte del inmueble que no había sido donada (41.911,91 m²) por el plazo de diez años a partir de la suscripción del contrato.

Esta última cláusula requiere un comentario aparte. De la mera lectura formal del expediente no es posible inferir la complejidad de las negociaciones que culminaron en la formulación y aceptación de esta propuesta. El acercamiento entre el oferente y los trabajadores de la cooperativa no sólo implicó una conversación entre los abogados de

⁸¹ Conforme el artículo 190 de la LCQ, una vez decretada la quiebra el síndico cuenta con 20 días para informar al juez si cree conveniente la posibilidad de continuar la actividad de la empresa quebrada. El 19 de mayo, 14 días después de decretada la quiebra la sindicatura dio cumplimiento a este artículo, pronunciándose en contra de la continuación. A partir de ese momento, el artículo 191 obliga al juez a pronunciarse dentro de los siguientes 10 días, pero no aclara qué sucede en caso de que no lo haga. Esto en parte explica que el juzgado nunca haya resuelto ninguno de los pedidos de continuación que realizó la cooperativa a lo largo del proceso.

⁸² Productos Textiles S.A s/ Quiebra... Auto de llamado a mejora de oferta de fecha 30 de junio de 2014. Punto 3 inciso d).

una parte y el Consejo de Administración de la cooperativa, sino que la oferta debía resultar aceptada por los trabajadores mediante votación en asamblea. A pesar de que los trabajadores eran perfectamente conscientes de que el predio de la fábrica se encontraba sub-explotado, conforme relata Diego Sosa, la decisión de resignar una parte de la fábrica fue muy difícil de asimilar para muchos compañeros:

“Pero había que entender, esa era la idea entre todos, de que esta era una forma de que termináramos siendo propietarios de una parte del predio, mientras que de otra manera no teníamos nada: Estábamos acá explotando la fábrica sin autorización judicial y sin ser los dueños, dependiendo de una ley de expropiación que nunca se paga, que si se vencía en 2016 había que renovarla. Si no, teníamos que comprar todo el predio en la quiebra.”⁸³

Tanto los trabajadores como los nuevos ofertantes de la quiebra sabían que una vez formulada la propuesta en el expediente judicial, el procedimiento legal exigiría hacer un llamado público a mejora de oferta. El escenario de un tercero pujando por la compra sin haber asumido los elevados costos de negociar la estructura del acuerdo era más que inquietante para el oferente. Para los trabajadores resultaba igual de inquietante la posibilidad de una cara nueva en un delicado equilibrio que presuponía confiar en la buena fe de la contraparte. La solución fue la incorporación al acuerdo marco de una cláusula en la que el ofertante se comprometía a ceder en comodato su parte del predio a la cooperativa por un plazo de diez años, y el compromiso de los trabajadores a que llegado el momento de instrumentar el comodato consentirían a una cláusula de rescisión anticipada. Esta cláusula establecería que el comodante pagaría a la cooperativa cuatro millones de pesos (\$4.000.000) si retiraban toda la maquinaria de la parte que no era de su propiedad en un plazo de pocos meses.

Finalmente, el costo de movilizar la maquinaria más las adaptaciones edilicias para trasladar la actividad a otro sector del predio significó una inversión por encima de los trece millones (\$13.000.000) de pesos por parte de la cooperativa.⁸⁴ A pesar de ello, los trabajadores cumplieron con su parte, la planta quedó a disposición de quienes ofertaron, y los fondos producidos por la venta de la compañía se repartieron de la siguiente manera:

⁸³ Entrevista con Diego Sosa y Cristian Pucheta.

⁸⁴ Entrevista Con Diego Sosa y Cristian Pucheta.

Dado que los dieciocho millones de pesos fueron ingresados en un plazo fijo, al momento del pago la suma a repartirse ascendió a \$21.009.956,98. De este total, un 12,44% fue repartido en honorarios de los profesionales intervinientes considerados gastos de conservación y justicia según el artículo 244 LCQ, otro 33% a los trabajadores, y lo que quedó se distribuyó entre los restantes acreedores (principalmente servicios públicos e impuestos). Los acreedores quirografarios no percibieron prácticamente nada.⁸⁵

IV. LAS INTERVENCIONES DEL ESTADO

Este apartado abordará un análisis de las dificultades legales involucradas en tres intervenciones del Estado que contribuyeron al éxito de la recuperación de Alcoyana, a saber: a) la asistencia económica a través del MTySS; b) los mecanismos jurídicos utilizados para habilitar a la cooperativa a continuar la explotación de la fábrica luego de la quiebra; y c) la ley expropiatoria de la PBA.

A. El MTySS y la aprobación del Pago Único

El artículo 64 inc. 4 de la resolución del MTySS 1862/11 – que regula los aspectos operativos necesarios para acceder al Pago Único de la prestación por desempleo – establece que los proyectos de explotación presentados deberán atravesar un examen de viabilidad normativa.⁸⁶ Como es evidente, ello no significó un impedimento para que los trabajadores de Alcoyana accedieran al beneficio, aun cuando no contaban con permiso judicial, ni tampoco con ley expropiatoria alguna que los habilitara a estar en posesión de la planta.

El otorgamiento del visto bueno por parte del MTySS para que los trabajadores accedan a esta política pública, a fin de capitalizar un emprendimiento cimentado en la informalidad, puede ser explicado, al menos, a partir de tres escenarios diferentes:

i. El hecho de que Alcoyana haya pasado el test de viabilidad normativa no tuvo nada que ver con el resultado de un análisis de legalidad o no del emprendimiento, sino con un problema de incapacidad estatal. Este sería el caso por ejemplo si en realidad

⁸⁵ Del informe de distribución del síndico.

⁸⁶ En este sentido, la disposición aludida establece: “se valorará la capacidad de los emprendedores de cumplir con las normativas regulatorias de la actividad económica en la que se encuadra el emprendimiento productivo.”

los análisis de viabilidad normativa fueran muy laxos, o inexistentes, por falta de recursos para mirar detenidamente cada solicitud particular.

ii. El MTySS en realidad no cuenta una posición respecto a la legalidad o no de la ocupación, pero cree que si esta es “ilegal” de acuerdo al derecho positivo, no obstante es moralmente justa y por ello debe ser asistida por el Estado más allá de lo que digan las normas. Este escenario, de un Estado con dificultades para dirigir y controlar a sus burocracias resulta tributario de un rasgo característico del derecho en Latinoamérica: su alto grado de anomia e informalidad.⁸⁷

iii. Una tercera opción es que la inclusión de Alcoyana como beneficiaria del Pago Único de la prestación por desempleo se haya decidido a partir de una interpretación genuina del derecho, independientemente de lo que resultara del procedimiento judicial.

Voy a desarrollar las implicancias jurídicas involucradas en el segundo y tercer escenario, puesto que el diagnóstico y las soluciones que involucran la primera posibilidad escapan a las limitaciones de tiempo, recursos y espacio de este trabajo.

ii. Segunda posibilidad: La anomia de la administración.

En primer lugar, las razones por las que el estado decide intervenir –y de qué manera– en un conflicto, no siempre se explican a partir de distinciones entre los ámbitos de lo público y lo privado. Como plantean Villegas y Rodríguez,

“por el contrario, suelen ser razones técnicas, coyunturales y con frecuencia políticas las que explican esta distribución entre intervención y no intervención, es decir, esta selección de los ámbitos de aplicación. La relación entre normas generales y abstractas y aquellos espacios sociales a los cuales están destinadas tales normas está interrumpida por innumerables obstáculos que bloquean, distorsionan, intensifican u opacan el postulado normativo”⁸⁸

Imaginemos por un minuto que la cooperativa Alcoyana aprobó el test de viabilidad normativa porque la administración consideró que la afectación eventualmente ilegal de los derechos de propiedad de los interesados en el proceso de quiebra podía ser desatendida de modo excepcional, con la finalidad de evitar el desempleo de los trabajadores. Es decir, por razones políticas antes que jurídicas. Esta práctica, tributaria

⁸⁷ Nino, Carlos Santiago. *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. (Buenos Aires: Ariel. 2014).

⁸⁸ Mauricio García Villegas, y César A. Rodríguez Garavito, *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos* (Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2003), 52.

de la idea de que el desempleo se soluciona con normativa para que las empresas no desaparezcan, es lo que algunos doctrinarios critican como el “voluntarismo jurídico”⁸⁹ que rodea la regulación de las cooperativas en la quiebra; es decir, el intento de solucionar una crisis económica reformando la ley de quiebras. Este recurso sería un género dentro de la especie de la normativa de excepción a la que usualmente echa mano el estado argentino para afrontar los ciclos negativos de su economía. Esta manifestación de la anomia (el exceso retórico) puede ser al mismo tiempo una de las causas de la fragilidad económica de las economías de la periferia, puesto que la anomia resulta en “sí misma generadora de los bajos grados de eficiencia y productividad social que subyacen a situaciones de subdesarrollo”⁹⁰.

García Villegas y Rodríguez postulan que la debilidad endémica de los Estados latinoamericanos y su escasa capacidad de maniobra para resolver eficientemente problemas sociales, explica en gran parte tanto la profusión normativa que predomina en la región, como la excepcionalidad a la hora del cumplimiento de estas normas. Esto porque el derecho es utilizado como un sucedáneo imperfecto de las intervenciones concretas y efectivas de la política. Es decir, antes que una herramienta para resolver problemas, el derecho es utilizado como un mecanismo de comunicación entre el estado y los ciudadanos, donde las dimensiones pragmáticas y operacionales de las normas pierden terreno frente a sus dimensiones simbólicas. De esta forma, para contrarrestar esta profusión normativa, aparece la excepcionalidad como recurso constante para evitar consecuencias catastróficas y contradictorias.⁹¹

La excepcionalidad dentro de las regulaciones concernientes al desenvolvimiento de la economía y los mercados locales merecerían un capítulo aparte dentro de la discusión sobre anomia e informalidad. Retomemos el punto de vista de García Villegas y Rodríguez en este aspecto:

“La tendencia a la utilización de la legislación y los poderes constitucionales de excepción es reforzada por la necesidad del Estado de responder a las fluctuaciones económicas dramáticas a las que están sujetas periódicamente las economías semiperiféricas y periféricas. Dado que una de las consecuencias esenciales de la ubicación subordinada de un país en la periferia o semiperiferia es su imposibilidad de controlar el ritmo y las condiciones de la evolución

⁸⁹ En este sentido ver Lorente, “Ley 26684: una trampa...”, Rivera et al., *Concursos y quiebras...*, 218-239 tomo III, y Rubín, “Las reformas...”

⁹⁰ Nino, *Un País...*, 28.

⁹¹ Villegas y Rodríguez, *Derecho y Sociedad...*, 41.

de la economía global, los Estados en estas regiones deben afrontar permanentemente las consecuencias de la volatilidad del sistema capitalista mundial, que agrava la inestabilidad interna que los caracteriza. [...] En estas condiciones, las medidas económicas tomadas por los gobiernos latinoamericanos tienden a ser remedios temporales y abruptos frente a las crisis periódicas.”⁹²

En este contexto, me atrevería a decir que la provisión de beneficios por parte del MTySS para el fomento de la recuperación tal vez conserva la lógica de los procesos decisorios de crisis, traspasados por la excepcionalidad. A fin de evitar criterios inconsistentes para aprobar el acceso al Pago Único de la prestación por desempleo, el análisis de viabilidad normativa podría regularse al día de hoy con más detalle, aprovechando los aprendizajes de tantos años de experiencia en materia de ERT. De lo contrario, el acceso al beneficio podría estar sujeto a la voluntad impredecible del funcionario al que le toca el trámite.

Debo aclarar, en esta instancia, que “regular” no quiere decir prohibir el otorgamiento del Pago Único de la prestación por desempleo cuando el requirente pretenda invertir en una empresa en vías de recuperación. Al contrario, regular requiere entender el proceso en la práctica, sintetizar el aprendizaje, y generar procesos adecuados para explicitar qué variables se deben observar a la hora hacer juicios de valor sobre los aspectos normativos que rodean a este tipo de emprendimientos.

Este último ejercicio no presupone como condición necesaria esperar a que exista un pronunciamiento judicial otorgando un permiso explícito a los trabajadores para permanecer en la fábrica. Por los argumentos que expondré a continuación, existen buenos motivos para pensar que la discusión no tiene por qué comenzar y terminar exclusivamente en el ámbito del poder judicial.

iii. Tercer posibilidad: una genuina interpretación normativa

La tercera explicación que puede surgir es que la cooperativa Alcoyana pasó el test de “viabilidad normativa” para acceder al Pago Único gracias a un entendimiento por parte del MTySS de que la solicitud tenía “humo de buen derecho”, más allá de no contar con un pronunciamiento judicial al respecto.⁹³ La pregunta, aquí, surge

⁹² Villegas y Rodríguez, *Derecho y Sociedad*... 54.

⁹³ Este escenario es sustancialmente distinto del planteado anteriormente, pues en la posibilidad anterior, la administración otorga los beneficios de una política pública a un emprendimiento más allá de cualquier visión acerca de si las condiciones de su ocupación se dan conforme a derecho, y lo hace con fundamento en que, axiológicamente, está bien que los ex dependientes conserven su fuente de trabajo.

naturalmente: ¿el MTySS obró correcta o incorrectamente al pronunciarse sobre este punto sin que mediara autorización judicial? Adelanto que la respuesta dependerá del lugar que creamos que ocupa la supremacía judicial dentro de nuestro orden constitucional.

La supremacía judicial, por oposición a la visión departamentalista del poder —que promueve que cada una de las ramas del gobierno ostenta una capacidad independiente para interpretar la constitución—, descansa en la idea de que los jueces tienen la última palabra a la hora de interpretar la constitución, y en consecuencia, lo que digan las Cortes Supremas debe instaurarse como el significado de la constitución para todos.⁹⁴

Las teorías del constitucionalismo popular, en cambio, proponen un sistema en el cual el ejercicio del poder democrático “no está confinado a actos ocasionales de fundacionalismo constitucional, sino que incluye un control activo y constante sobre la interpretación y aplicación de la ley constitucional.”⁹⁵ Esto, más allá de presentarse como un postulado teórico, es también una realidad empírica. Ninguna interpretación constitucional, por más clara y homogénea que pueda resultar dentro de los miembros de una Corte Suprema, puede resistir frente a la oposición movilizada de la población, o de las otras ramas del poder —al menos por razones meramente estratégicas, de preservación de capital institucional, o por incapacidad para sobreponerse a normas socialmente muy arraigadas. Es por esto que Larry Kramer observa con acierto que el constitucionalismo popular es, en cierta medida, “inevitable e ineludible”⁹⁶.

A la inversa, si entendemos que la democracia exige algo más que la mera agregación de preferencias, entonces cierto grado de supremacía judicial no necesariamente excluye la posibilidad del constitucionalismo popular, sino que en ciertos casos puede constituirse como condición necesaria para su desarrollo. El caso paradigmático: cuando los mecanismos contramayoritarios defienden las precondiciones estructurales para que los ciudadanos se involucren en la formación discursiva de la voluntad popular sobre la cual la democracia sienta sus bases.⁹⁷ Parece

⁹⁴ Larry Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*, (New York: Oxford University Press, 2004), 125.

⁹⁵ Larry D. Kramer, “Popular Constitutionalism, Circa 2004”. *California Law Review* 92 (2004): 959-1011, 959.

⁹⁶ Kramer, *Popular Constitutionalism...* 973,

⁹⁷ Robert Post and Reva Siegel. “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”. *California Law Review* 92, no. 4 (2004): 1027-043.

razonable entonces concluir que “la diferencia entre los amigos y detractores de la autoridad judicial es en última instancia una cuestión de grado”⁹⁸.

La imposibilidad de arribar a una respuesta concreta sobre dónde trazar los límites de la supremacía judicial no es algo que debería angustiarnos de por sí. La relación entre la Constitución entendida como las creencias fundamentales de un pueblo, y los equilibrios alcanzados en su derecho constitucional –entendido como ley dura utilizada para litigar y saldar disputas– no es unidireccional, sino dialéctica.

“La práctica de nuestro orden constitucional refleja disenso continuo acerca de la naturaleza de estos límites. La deferencia debida a las opiniones judiciales y sentencias es trabajada, caso por caso, a través del tiempo, con distintos puntos de equilibrio alcanzados y removidos en disputas sustantivas sobre cuestiones controversiales de gobernanza constitucional. Los límites entre la Constitución [entendida como una forma característica de vida asociada al carácter nacional del pueblo] y el derecho constitucional se construyen a partir de una compleja negociación entre deferencia y desacuerdo”⁹⁹.

Los actores no judiciales, a diferencia de aquellos que sí lo son, no se encuentran limitados por el lenguaje del derecho constitucional a la hora de promover sus visiones sobre cómo dar sentido concreto a los valores fundamentales que informan nuestras decisiones públicas. Esto implica que en circunstancias donde los actores no judiciales entienden que se afectan valores constitucionales fundamentales, resulta legítimo que detenten la opción de actuar desafiando la interpretación del derecho vigente.¹⁰⁰ Lo que diferencia esta actitud de un mero caso de anomia, es que quien desafía el equilibrio vigente de un acuerdo constitucional se percibe a sí mismo mejorando la práctica constitucional, antes que desobedeciéndola sólo porque puede.

Desde este punto de vista, encuentro fuertes razones que sugieren que la intervención del MTySS en nuestro caso concreto fortaleció, antes que empeoró, nuestra práctica constitucional al hacer su propia interpretación de las cuestiones normativas en juego por fuera de los resultados del pronunciamiento judicial.

Resulta difícil discutir que el MTySS tiene muchas menos posibilidades que el juez de la quiebra de contar con información acerca de la situación de los restantes acreedores interesados. En este aspecto los tribunales muestran ventaja al tener un

⁹⁸ Kramer, *Popular Constitutionalism...*, 50.

⁹⁹ Post y Siegel, “*Popular Constitutionalism...*”, 16.

¹⁰⁰ Post y Siegel, “*Popular Constitutionalism...*”, 14.

cuerpo sustancial de auxiliares técnicos e información provista por los propios interesados en el proceso.¹⁰¹ Pero aun en el caso que el tribunal no concediera a la cooperativa el derecho a continuar la empresa, la inyección de capital en la fallida en principio no mejora ni empeora demasiado la situación del resto de los acreedores en lo que respecta a la disminución del valor de los activos que constituyen la prenda común.

En el peor de los casos podría suceder que el aporte de capital propio de los cooperativistas impacte en el plano motivacional, dándoles mayores incentivos para resistir en sus pretensiones. Sin embargo, como contracara de esto, contar con un capital inicial habilita a la empresa a participar del análisis de viabilidad del principal fuero en el que presentará su caso, a saber: el mercado.

Más allá de los beneficios evidentes de lo anterior, para buena parte de los teóricos de la propiedad, y en particular para los libertarios, no resulta nada claro por qué la posibilidad de participar en la dialéctica del mercado debe promoverse a expensas de la facultad de excluir a terceros del acceso a bienes privados. De acuerdo a las visiones más conservadoras de la propiedad, la posibilidad de excluir a terceros aparece como el elemento central del vínculo entre libertad y propiedad. El argumento es que nuestra libertad individual se encuentra garantizada a través de nuestra propiedad, sólo en tanto y en cuanto nos posibilita aislarnos de los demás.

Esa concepción de la propiedad como una forma de escape se encuentra asociada a una visión de la libertad caracterizada por la ausencia de compulsión externa o interferencia gubernamental, donde el humano es visto como un individuo separado de los demás y que está solo en el mundo. Esta visión es disputada por enfoques alternativos que entienden que la autonomía de los individuos sólo es posibilitada a través de su desarrollo en sociedad. Bajo este punto de vista, la facultad de exclusión como principal aspecto a proteger en los derechos de propiedad se encuentra atenuada, y se hace foco en la capacidad de la propiedad para garantizar el ingreso de los

¹⁰¹ En el mejor de los casos, el MTySS podría llegar a contar con los recursos y los datos necesarios para hacer un examen de viabilidad más de tipo económico-empresarial del emprendimiento en cuestión, pero parece difícil *prima facie* que se encuentre en condiciones de determinar cuál es la solución del conflicto que mejor balancea todos los derechos involucrados.

individuos a alguna comunidad en particular¹⁰²; lo que aseguraría su florecimiento individual como seres humanos, y por ende su autonomía.¹⁰³

B. La continuación de la actividad de la empresa quebrada

En este estudio de caso hemos podido observar el comportamiento del tribunal frente a tres pedidos de continuación de conformidad con el artículo 190 LCQ, el tercero de los cuales fue llevado adelante bajo la ley reformada. La reforma significó requisitos mucho menos exigentes para conceder este permiso. No obstante, este cambio de régimen no se tradujo – al menos en nuestro caso – en un resultado concreto favorable a los trabajadores en el desarrollo del proceso judicial. Los tres pedidos de continuación no obtuvieron pronunciamiento alguno.¹⁰⁴ ¿Existen, entonces, mejores alternativas que las existentes para regular el permiso de continuación de la actividad empresarial por parte de cooperativas de trabajo? ¿O estamos frente a un simple caso de usurpación, donde se debe aplicar la ley penal y “resolver” el problema?

Es fácil aventurar razones por las cuales los operadores judiciales son reacios a permitir a las cooperativas continuar la actividad de una empresa quebrada a pesar de que la normativa se los permita, e incluso los aliente a hacerlo. Si el emprendimiento quebró previamente ¿qué cambiaría si resurgiera en manos de una cooperativa carente de *management* profesionalizado? Aun otorgando el permiso de continuación ¿Algo invita a pensar que juntarán capital suficiente en un plazo razonable para comprar los activos en la quiebra de manera tal que el resto de los acreedores no enfrenten un trato discriminatorio? Después de todo, el permiso para continuar la actividad es solo el primer paso en el proceso de recuperación, como bien observó Lorente,¹⁰⁵ puesto que una vez otorgada la continuación los trabajadores todavía afrontan la posibilidad de que

¹⁰² Cabe aclarar que la idea de los derechos de propiedad como medio para el desarrollo de los humanos en sociedad no supone necesariamente adscribir a teorías comunitaristas de la justicia. Basta con que el rol de la propiedad en una sociedad democrática contemple en su diseño el compromiso con la igualdad de trato y respeto frente a uno de los individuos que la componen. Véase Singer, Joseph William. "Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society." 94.4 Cornell L. Rev. 1009, 1062 (2009).

¹⁰³ Eduardo M. Peñalver, "Property as Entrance." *Virginia Law Review* 91, no. 8 (2005): 1889-972.

¹⁰⁴ En consideración a lo observado, de lege ferenda, sería aconsejable incorporar una previsión sobre qué consecuencias jurídicas se derivan que el juez no se pronuncie sobre el permiso de continuidad de la actividad empresarial dentro de los plazos establecidos por el artículo 191 LCQ. Esto permite evitar las dificultades que pueden surgir de situaciones como las que aparecen en este caso de estudio. Una solución posible podría consistir en que el permiso de continuación se efectivice de pleno derecho cuando se exceda el plazo legal.

¹⁰⁵ Lorente, "Ley 26.684: una trampa...".

un tercero adquiriera la empresa durante el salvataje, y si no, todavía deben acumular capital para ofertar por compra directa una vez declarada la quiebra.

Pero por algún lado se empieza. La estrategia habitual de los trabajadores para iniciar la recuperación tiende a ser la más intuitiva: quedarse dentro de la fábrica pase lo que pase. Sucede, entonces, lo esperable: el juzgado ordena desalojos, muchas veces sin éxito, hasta que finalmente la cooperativa logra la obtención del permiso o una ley expropiatoria, o ambas. La reiteración de esta trama es entendible. Los trabajadores que atraviesan una quiebra generalmente vienen de sufrir el cobro de salarios atrasados o montos parciales, con alto riesgo de convertirse en desocupados permanentes. Esto explica que la vía usual por la que persiguen sus intereses no sea el litigio y la espera pasiva del resultado, sino la desobediencia al derecho sumada al litigio, pues “casi por definición, el quebrantamiento intencional de la ley como mecanismo de cambio legal es una estrategia utilizada por aquellos que no pueden soportar el costo de litigios civiles [...]. En otras palabras, el quebrantamiento intencional de la ley es típicamente (aunque no siempre) una herramienta de los que no tienen [*a tool of the have nots*]”¹⁰⁶

No obstante, de lo anterior no se sigue que este tipo de conflictividad sea patológica, necesariamente perjudicial y digna de ser sofocada sin ningún tipo de contemplación por el derecho penal. Peñalver y Katyal, en su libro “*Property Outlaws: how squatters, pirates and protesters improve the law of ownership*” argumentan que la estabilidad que requieren los derechos de propiedad para cumplir su función –generar transacciones entre propietarios y terceros– se debe tanto al rol del derecho penal como mecanismo para asegurar la titularidad de las distribuciones alcanzadas, como también en parte al rol de quienes desafían estos acuerdos. Esto con motivo de que quienes quebrantan la ley, por el camino fuerzan reformas importantes que evitan la osificación de nuestros sistemas de propiedad, y lo vuelven a dotar de dinamismo y funcionalidad.¹⁰⁷

No obstante, Peñalver y Katyal reconocen que no toda desobediencia a los derechos de propiedad persigue fines nobles, y que de hecho la mayoría de las formas de desobediencia son improductivas. Por ello, antes que una defensa de la práctica, estos autores buscan pensar formas específicas de estructurar las respuestas estatales frente a

106 Eduardo Moisés Peñalver y Katyal Sonia K, *Property outlaws: how squatters, pirates, and protesters improve the law of ownership*, (New Haven, Conn: Yale University Press, 2010), 14.

107 Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 11.

la desobediencia, a fin de que los ciudadanos no sean reprimidos excesivamente por desafiar los regímenes vigentes de propiedad. En este sentido, proponen dos categorías de valores que surgen a partir de este fenómeno. En primer lugar, cuando la decisión de un individuo de apropiarse de la propiedad de un tercero tiene un impacto redistributivo que es en sí mismo defendible, estos autores hablan del “valor redistributivo de la desobediencia”. En segundo lugar, cuando enfrentamos casos de desobediencia persistente y generalizada, este comportamiento puede generarnos información útil como sociedad

“indicando que alguna parte de nuestro derecho de propiedad, o alguna dimensión de la utilización de la propiedad por parte de los propietarios, podría ser injusta o estar desactualizada. Nos referimos a esta función señaladora provista por la conducta desobediente como el ‘valor informacional’. Si la desobediencia a los derechos de propiedad fuera perfectamente reprimida [como sugieren algunas teorías preventivas de la pena], ya sea a través de penalidades draconianas o un alto grado de enforcement, cada una de estas categorías de valor potencial sería susceptible de eliminación.”¹⁰⁸

Las respuestas legales que imaginemos para abordar la desobediencia a los derechos de propiedad tendrán que ver en gran medida con la forma en que nos posicionemos en relación a las teorías que justifican la pena dentro del espectro de las teorías preventivas o retributivas. Asimismo, a los fines analíticos, los autores proponen categorizar a los actos de desobediencia dentro de un rango que oscila entre violaciones a los derechos de propiedad autointeresadas que se orientan a la apropiación de los bienes, por un lado, y aquellas con un enfoque altruista orientadas finalidades expresivas asimilables a actos de desobediencia civil.¹⁰⁹ El primer tipo de desobediencia se denominará “adquisitiva”, y el segundo “expresiva”.¹¹⁰

En nuestro caso de análisis nos encontramos frente a un caso de desobediencia adquisitiva, puesto que si bien la toma de la fábrica genera cierto valor informacional sobre posibles distribuciones injustas de la propiedad, la conducta no apunta principalmente a señalar la injusticia de la LCQ como tal, e incluso procura valerse al menos parcialmente de las herramientas que esta le provee.

Desde el enfoque prospectivo de las teorías preventivas toda transferencia involuntaria es –en principio– sospechosa de ser ineficiente y por lo tanto indigna de

¹⁰⁸ Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 18/19.

¹⁰⁹ Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 16/17.

¹¹⁰ Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 17.

contemplaciones frente al castigo. No obstante, existen buenas razones también de orden consecuencialista para desestimar esta postura cuando quien se apropia los bienes de un tercero los valora más que su poseedor legítimo. El problema es que quienes se ubican del lado de los infractores usualmente cuentan pocos medios para expresar el valor de mercado que asignarían a una determinada propiedad, como en el supuesto de los trabajadores de nuestro caso de estudio. La dificultad, entonces, consiste como advierten Peñalver y Katyal, en identificar en qué situaciones el infractor valora más el bien que el propietario, por un lado, y el posible impacto a largo plazo respecto de la eficiencia de permitir violaciones ocasionales a la regla por default contra la desposesión, por otro lado.¹¹¹

En la dialéctica de esta tensión, la persistencia de actos de desobediencia adquisitiva puede estar señalando distribuciones ineficientes de los derechos de propiedad, aunque tenemos buenas razones para dudar de la calidad de la información dada la naturaleza autointeresada de la conducta. Este hecho, según Peñalver y Katyal, se encuentra balanceado por dos afirmaciones de orden empírico que nos invitan a reforzar nuestra confianza en la dimensión informacional de la desobediencia adquisitiva: en primer lugar, la inclinación natural de los ciudadanos a obedecer la ley, que es aún más pronunciada cuando la norma refleja fielmente valores ampliamente compartidos¹¹²; y en segundo lugar porque “como demuestran los hallazgos de los economistas conductuales las personas están mucho menos dispuestas a perseguir la propiedad de un tercero que a conservar algo que ya poseen”¹¹³. Estas dos circunstancias indican que la persistencia en el quebrantamiento del derecho orientada a modificar la titularidad de los derechos de propiedad por fuera del *status quo* responde por lo general a incentivos u objeciones poderosas que podrían sugerir alguna suerte de falla de mercado, o una injusticia ampliamente percibida¹¹⁴.

No obstante, aún si consideráramos con alta estima el valor informacional y redistributivo de la desobediencia, es válido preguntarse de qué manera se justifica, desde un punto de vista moral, que los costos de estas categorías de valor potencial

¹¹¹ Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 128.

¹¹² Si bien los autores reconocen que la evidencia empírica que soporta este reclamo no es pacífica, al menos resulta plausible y ha sido adoptada por numerosos académicos de renombre. Véase Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 130.

¹¹³ Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 131.

¹¹⁴ Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 131.

deban ser soportados por los propietarios en general, o por algún propietario en particular. Después de todo, desde el punto de vista de las visiones más clásicas del libre mercado, la característica más saliente de un derecho de propiedad es la facultad de ejercer el dominio último (o despótico inclusive, conforme la conocida definición de “propiedad” propuesta por William Blackstone¹¹⁵) sobre la disposición de una cosa o un conjunto de recursos, con exclusión de idéntico derecho frente a cualquier otra persona del mundo.

Sin embargo, la postura de que los trabajadores deben irse de la planta por no ser los dueños de la cosa es la conclusión, antes que la pregunta, y es un hecho que no nos provee razones para alocar los recursos de una manera particular entre los dueños de la compañía, los trabajadores y los restantes acreedores. Esto último es, en realidad, el centro de la disputa. Como bien postula Joseph William Singer, primero decidimos quien gana la disputa en base a cuestiones políticas y morales, y luego *llamamos* a esa persona el “*propietario*”, y no al revés.¹¹⁶

Joseph William Singer, en un trabajo seminal sobre el tema, desarrolla la importancia de que los derechos de propiedad no sólo sirvan como un mecanismo para proteger las promesas acordadas entre propietarios y no propietarios, sino también para atender adecuadamente las relaciones de confianza y dependencia que los humanos generamos a través de la forma en que distribuimos, reproducimos y administramos nuestros recursos.¹¹⁷ Esta forma relacional de entender los derechos de propiedad los vincula más a una serie de deberes y obligaciones que se modifican en el tiempo durante una relación de largo plazo y en respuesta a eventos imprevisibles, antes que a un conjunto estable y sagrado de prerrogativas que surgen de una distribución inicial, y que sólo pueden ser legítimamente redistribuidas a partir de transferencias voluntarias. De allí que Singer propone un principio moral que llama el “interés de la confiabilidad

¹¹⁵ William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Book2, Chapter 1; First Edition Oxford: Printed at the Clarendon Press, 1765-1769, disponible en: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp (consultado por última vez en 29/7/2017).

¹¹⁶ En este sentido, Singer señala: “Antes que preguntarnos quien es el dueño de la cosa, deberíamos preguntarnos quien tiene derecho a decir algo sobre el uso o disposición de la propiedad. Si formulamos esta pregunta, resultará que en cada caso identificaremos más de una persona porque los derechos de propiedad en emprendimientos corporativos son siempre compartidos. Dado este hecho, la pregunta normativa apropiada es, entonces, cómo alocar poder entre las personas con intereses legalmente protegidos en esa propiedad.” Joseph William Singer. “The Reliance Interest in Property.” 40.3 Stan. L. Rev. 611, 752 (1988), 641.

¹¹⁷ Véase Singer, *The Reliance Interest* ...

(*reliance*) en la propiedad”, que implica entre otras cosas que “cuando la gente construye relaciones de dependencia mutua involucrando esfuerzos conjuntos, y la relación finaliza, los derechos de propiedad [...] deben ser redistribuidos (compartidos o relocalizados) entre las partes para proteger el interés legítimo de las personas más vulnerables”¹¹⁸ Este objetivo de proteger las expectativas generadas en la parte vulnerable de las relaciones de poder manifestadas a través de la propiedad, desde el punto de vista de Singer, resulta un interés “legítimo y deseable como un objetivo propio de la vida social, y como merecedor de protección legal.”¹¹⁹

Estas ideas encontraron desarrollos posteriores en la escuela de la propiedad progresiva, que cuenta entre sus principales exponentes al profesor Gregory Alexander, quien en un importante trabajo titulado “*The Social-Obligation Norm in American Property Law*”, argumenta que los derechos de propiedad en el sistema norteamericano traen implícitas obligaciones sociales que no han sido reconocidas expresamente, ni tampoco desarrolladas de forma sistemática por los operadores jurídicos. De esta forma, Gregory Alexander postula que los derechos de propiedad como institución social encuentran su justificación, y también su límite, en la medida en que contribuyan o dificulten, respectivamente, el florecimiento humano. De manera consistente con lo anterior, Gregory Alexander concluye que “el estado no quita nada cuando se abstiene de reivindicar legalmente reclamos sobre recursos que son inconsistentes con el florecimiento humano.”¹²⁰

Por fuera de estos cuestionamientos, ratificar el impacto redistributivo de determinadas transferencias forzadas también tiene sus problemas desde el plano consecuencialista. Principalmente serían tres: a) que los propietarios recurran a la violencia para preservar su propiedad; b) que se termine erosionando el efecto preventivo de la ley penal, dando lugar a conductas oportunistas; o c) que la ratificación termine horadando el respeto por la ley y el estado de derecho. Este sería el caso si los efectos positivos de ratificar determinadas transferencias forzadas se vieran contrarrestados por una percepción de desorden generalizado que redunde a su vez en un aumento de las conductas criminales, conforme postula la teoría de las ventanas

¹¹⁸ Singer, *The Reliance Interest...*, 699.

¹¹⁹ Singer, *The Reliance Interest...* 700.

¹²⁰ Gregory S. Alexander, “The Social-Obligation Norm in American Property Law”, 94 *Cornell L. Rev.* 745, 820 (2009), 749, 750.

rotas.¹²¹ Pero las dificultades que postula esta pregunta empírica, que exceden por completo al presente trabajo, tampoco permiten descartar la posibilidad de que la ratificación de las transferencias forzadas termine siendo una solución que a la larga termine reforzando, antes que debilitando el estado de derecho, como señalan Peñalver y Katyal.¹²² Ello porque público se mostraría más dispuesto a proteger el nuevo orden, gracias a las modificaciones incorporadas a partir de la conducta desestabilizante, que contribuyeron a la creación de un orden más justo, y percibido como más legítimo también.

Más allá de que los equilibrios alcanzados a largo plazo puedan resultar positivos, el carácter ilegal de la conducta no deja de ser una causa de preocupación, dado que si dejamos las reformas legales en manos de la acción individual de quienes quebrantan la ley, los costos de quienes deben soportar la conducta podrían ser distribuidos de manera inequitativa.¹²³

En consideración de las cargas injustas que la desobediencia genera tanto para el lado de los propietarios como de los infractores, Peñalver y Katyal sugieren alternativas para los encargados de hacer las leyes (*policymakers*), que nos pueden servir para evaluar el acierto de la regulación actual de la continuación de la actividad empresarial en nuestra LCQ. En este sentido, en respuesta al valor distributivo de la desobediencia, proponen o bien (i) ratificar selectivamente ciertas transferencias forzadas o (ii) incrementar sistemas gubernamentalmente patrocinados de redistribución de los bienes. Y en respuesta al valor informacional de los ilícitos, el Estado podría: (i) incorporar la información generada por el comportamiento ilegal en el proceso político sin despenalizar la conducta *ex ante*, y despenalizandolá *ex post* en caso de corresponder. De esta manera, los resultados de la adjudicación individual atraerán (esperamos) la atención correspondiente sobre el problema. O (ii) incrementar subsidios para diferentes substitutos legales de la desobediencia expresiva, de manera tal que los

121 Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 132.

122 Argumentan los autores citados que: “Más aún, si la presión para el tipo particular de transferencia forzada dentro de una comunidad es lo suficientemente amplia, legalizar la transferencia podría incrementar el orden y el respeto por el estado de derecho y los derechos de propiedad al acercar al derecho oficial a un lugar más acorde con el sentido de justicia y equidad de la gente.” Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 132.

123 Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 132.

potenciales desobedientes puedan hacerse escuchar en la esfera pública sin tener que recurrir al quebrantamiento de la ley.¹²⁴

En lo concerniente a las recuperaciones, la concesión por vía judicial del permiso de continuación *ex post* a la ocupación de hecho de la planta funciona como un mecanismo de ratificación parcial de una transferencia. Digo parcial porque no implica transferencia de la titularidad de los bienes, sino el derecho a continuar explotando la planta hasta que ocurra su venta definitiva. No obstante, uno de los mitos que conviene desterrar es aquel que sostiene que la única fuente a partir de la cual se informa sobre la eficiencia o no de esta ratificación es del informe del síndico del art 189 LCQ, o del análisis que el juez pueda hacer de los datos que se le presentan a través del expediente. Es aquí donde juega un papel importante el rol informacional de la desobediencia a la propiedad antes mencionado.

Conviene, sin embargo, hacer la salvedad de que la forma en que se ratifiquen estas transferencias (*ex ante* o *ex post* de haber ocurrido la toma de la planta) impacta en el valor de la información comunicada. Cuanto más incierta y menos severa es la posibilidad de castigo, o mayor la probabilidad de tener éxito en conseguir beneficios a través de la desobediencia, más incrementa la posibilidad de que se respete menos la ley. Asimismo, excusar *ex ante*, ciertas conductas generaría una ventana de oportunidad para el comportamiento estratégico de parte de quienes rompen la ley, cosa que podría bien desdibujar los límites que distinguen el comportamiento justificado del injustificado.¹²⁵

Desposeer a otro de un inmueble, total o parcialmente, configura el delito de usurpación tipificado por el artículo 181 del Código Penal argentino. Cualquier ocupación de una planta fabril sin obtener autorización judicial, violaría esta prohibición. De esta manera, la pregunta central es si podemos interpretar que la redacción actual de nuestra LCQ, tan favorable a las recuperaciones fabriles, podría ser

¹²⁴ Naturalmente, la existencia de mecanismos eficientes redistribución de la riqueza y de seguridad social provistos por el Estado restan fuerza a la necesidad de ratificar transferencias forzadas, de la misma forma en que la existencia de válvulas de escape alternativas para expresar la disconformidad con el régimen existente a través de mecanismos políticos legalmente reconocidos – como ser la promoción de discursos contrarios al *statu quo* – reduce la legitimación de los actos de desobediencia expresiva. A la vez que estas formas de respuesta no son mutuamente excluyentes. Véase Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 147.

¹²⁵ Peñalver y Katyal, *Property outlaws...*, 159.

percibida como una legitimación *ex ante* de una conducta claramente delictiva como ser la toma de una fábrica por vías de hecho.

En un contexto en el cual el mercado no provee información sobre cuán ventajosa sería la recuperación de un emprendimiento quebrado – dado que la producción casi nunca reinicia en sus condiciones óptimas –, ni tampoco sabemos de antemano nada sobre la capacidad de gestionar colectivamente que pueda tener el grupo de trabajadores en cuestión, el hecho de que los ex dependientes estén dispuestos a asumir un castigo penal nos da una pauta de la magnitud de la injusticia conforme ellos la perciben, y cierta información sobre la viabilidad del proyecto.¹²⁶ Esta información podría perderse si ocupar la fábrica tuviera costo cero; si la toma del predio fuera la alternativa susceptible de éxito en cualquier circunstancia, dando lugar a que prevalezcan recuperaciones aventureras deslegitimando aquellas con sustento razonable.

Este posible impacto negativo de la aceptación *ex ante* de algunas categorías de desobediencia amerita mirar con cautela un régimen en el cual la continuación de la actividad empresarial sea la regla. Por otro lado, no deja de ser cierto que si bien la nueva LCQ relaja sensiblemente los requisitos que deben satisfacerse a los efectos de la continuación, en ningún lugar dice que el permiso del artículo 190 será otorgado en todos los casos – sin ir más lejos basta observar lo sucedido en nuestro caso bajo análisis –. A esta altura resulta claro que necesitaríamos evidencia empírica más fuerte para saber si esta nueva redacción de los artículos 189, 190 y concordantes de la LCQ significan o no una legitimación *ex ante* de cualquier ocupación fabril.

No debemos olvidar, por último, que así como la conflictividad puede generar información, el operar al margen de la ley también genera costos –informalidad– que en numerosos aspectos obstan a la posibilidad de un desarrollo eficiente.¹²⁷ Por ello, resulta irrazonable la cantidad de tiempo donde no hubo pronunciamiento judicial sobre la solicitud de los trabajadores de continuar la actividad de la compañía, y se ve claramente la necesidad de establecer, de *lege ferenda*, alguna previsión para los casos donde el juzgado omite decidir sobre este pedido

¹²⁶ Esto porque los trabajadores conocen las industrias en las que sus unidades productivas se insertan, y cuentan con información para nada despreciable sobre cuán utópica o no podría ser la recuperación.

¹²⁷ Uno de los trabajos empíricos más influyentes sobre los costos de la informalidad ha sido el de Hernando de Soto sobre la distribución de las tierras en Lima, Perú. Hernando de Soto, *The other path: the invisible revolution in the Third World* (New York: Harper & Row, 1989).

C. La expropiación

El orden de exposición de esta sección se orientará a partir de dos grandes preguntas. La primera de ellas versa sobre la validez o no de la ley de expropiación de nuestro caso en particular, y la segunda, sobre qué efectos genera esta ley en el desenvolvimiento de un proceso de quiebra en curso.

a. La validez de la expropiación

Para tomar postura sobre la validez de una ley expropiatoria en el sistema jurídico argentino, el primer texto que debemos mirar es la Constitución Nacional. No obstante, como señala Marienhoff: “Si bien la ‘expropiación’ es un instituto de base *constitucional*, el procedimiento expropiatorio, propiamente dicho, no está regulado por la Constitución, ni surge de ésta. De modo que al respecto la *legislación* tiene amplio campo, pudiendo adoptar y seguir cualquier criterio, en tanto éste respete los correlativos principios básicos contenidos en la Ley Suprema: calificación de la utilidad pública por ley formal e indemnización previa (Constitución, artículo 17), y acatamiento a las exigencias del ‘*debido proceso legal*’ (Constitución, artículo 18) (541).”¹²⁸

En la Provincia de Buenos Aires (PBA) las expropiaciones se rigen por la ley 5708 (en adelante, la “Ley de Expropiaciones de la PBA”),¹²⁹ pero a nivel federal las leyes expropiatorias no suelen diferir demasiado de la regulación de las expropiaciones del Estado nacional de la ley 21.499, y esta no es la excepción.

Al igual que con el resto las expropiaciones empresarias en beneficio de cooperativas de trabajo sancionadas por la PBA, la dificultad más grande para la validez de la expropiación de Alcoyana es que la indemnización no fue pagada de manera previa, como establece el artículo 17 de la Constitución Nacional.¹³⁰

¹²⁸ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965), 117.

¹²⁹ Ley de la Provincia de Buenos Aires 5708 y sus modificatorias, ley general de expropiaciones, B.O 28/11/1952 disponible en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-5708.html> (consultado por última vez en 28/07/2012).

¹³⁰ Sólo una cooperativa de toda la PBA se vio beneficiada por la integración de la indemnización previa al momento en que Alcoyana había obtenido su ley expropiatoria, que fue la Cooperativa Los Constituyentes, expropiación sobre la cual asoman serias sospechas de corrupción. Ver Movimiento de Fábricas Recuperadas por los trabajadores, “Rechazo al negociado por 101.000.000”, disponible en <http://www.fabricasrecuperadas.org.ar/5Octubre2010.php> (consultado por última vez en 29/07/2012).

Sin embargo, de acuerdo a la opinión del Dr. Caro –basada en la doctrina de Marienhoff–, la ventaja de contar con una ley expropiatoria es que el juez no puede desalojar a los trabajadores durante su vigencia.¹³¹ Al respecto, Marienhoff sostiene que:

“La indemnización ‘previa’ debe serlo con relación a la transferencia del dominio a favor del expropiante. La propia Constitución Nacional así lo da a entender, pues dice que la ‘expropiación’, o sea la pérdida de la propiedad, debe ser previamente indemnizada. La mera ‘desposesión’ no requiere imperativamente que, al llevársela a cabo, el expropiante haya depositado el monto total de la indemnización que correspondiere: basta con un depósito de adecuado monto razonable, que después sería actualizado en la forma correspondiente, antes del traspaso o transferencia de la propiedad del bien o cosa expropiado.”¹³²

En este confuso párrafo, Marienhoff parece querer establecer una distinción entre propiedad, entendida como titularidad de un bien, y posesión, entendida como derecho real. Marienhoff hace esta interpretación bajo el entendimiento de que el artículo 17, cuando habla de “propiedad”, se está refiriendo al primer aspecto – la titularidad del bien –, y por lo tanto el requisito de indemnización previa no es aplicable para otorgar al expropiante o al tercero beneficiario el derecho real de poseer la cosa.

Esto resulta desconcertante, pues hay posesión de una cosa, de acuerdo al artículo 1909 del Código Civil y Comercial, “cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un poder de hecho sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no”. En este sentido la doctrina y la ley son muy consistentes en sostener que la calidad de poseedor no tiene como condición necesaria el derecho a poseer, pero este sí se desprende de la condición de propietario de la cosa.

Lo cierto es que la anterior interpretación del concepto de “propiedad” desvirtúa totalmente la funcionalidad del derecho en cuestión. El Dr. Marienhoff pretende desproveer al artículo 17 de la Constitución Nacional de su razón de ser, que comprende el aseguramiento de un ejercicio de dominio respecto de los individuos para con las cosas de las que son propietarios. Adicionalmente, esta lectura de la norma tampoco fue receptada en nuestra tradición jurisprudencial, conforme el criterio sentado por la CSJN en el caso Servicio Nacional de Parques Nacionales c. Franzini.¹³³ Este caso trataba

131 Segunda entrevista con Luis Alberto Caro.

132 Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 113.

133 CSJN, “Servicio Nacional de Parques c. Franzini”, 04/05/1995, *Fallos* 318:445.

sobre una ley nacional que, motivada en un contexto de emergencia y crisis, restringía temporalmente la percepción íntegra de los montos adeudados, entre otros conceptos, por indemnizaciones expropiatorias. Este régimen de cobro fue declarado inconstitucional por la CSJN, con la disidencia del juez Fayt. En palabras de la Corte:

“La facultad del Estado de apoderarse de los bienes particulares cuando la necesidad pública lo exija tiene como barrera el instituto expropiatorio, que establece una triple limitación: el objeto público de progreso y bienestar de la comunidad, la calificación por ley de utilidad pública y la previa indemnización. [...] Si se efectuara un pago parcial, el saldo de la indemnización eventualmente resultante no cambiaría de naturaleza jurídica y continuaría sometido a la exigencia constitucional del previo pago.”¹³⁴

La Corte enfatiza esta idea en el considerando 13, donde afirma que “nunca una ‘indemnización previa’ podrá entenderse como ‘crédito a cobrar por expropiación’”, y que la aprobación de una ley expropiatoria no produce “simplemente la transformación de un derecho real de propiedad en un derecho de crédito a favor del expropiado”¹³⁵, y continúa, en el considerando 16, sentando como criterio general que todo sistema de cobro que implique una demora en la percepción del monto indemnizatorio “es inconciliable con la exigencia constitucional del pago previo debido al expropiado y, por tanto, resulta violatorio de lo dispuesto en el art. 17 de la ley fundamental.”

Lo anterior no obsta a que el síndico de la quiebra de Alcoyana pueda iniciar un juicio de expropiación inversa al Estado. De acuerdo al criterio establecido por la CSJN en el caso *Dos Américas I.C.F c. Territorio Nacional de Tierra del Fuego*, la desposesión por parte del Estado por “la ocupación material de la cosa, o por la afectación en cualquier grado de su derecho en la posesión, uso o goce de ella en razón del ejercicio del poder de expropiación, faculta al propietario a reclamar la expropiación inversa (Fallos: 312: 1725). Ella encuentra su fundamento en el art. 17 de la Constitución Nacional y supone la existencia de ley de declaración de utilidad pública.”¹³⁶ En la misma línea, el artículo 41 de la Ley de Expropiaciones de la PBA, faculta a los particulares a iniciar juicios de expropiación inversa también “Cuando la autoridad

¹³⁴CSJN, “Servicio Nacional de Parques...”, Considerando 11 del voto de la mayoría, citando a Joaquín Víctor González et al., *Obras completas de Joaquín V. González*. (Buenos Aires, Imprenta Mercatali, 1935), Vol II 208.

¹³⁵ CSJN, “Servicio Nacional de Parques...”, considerando 14 del voto de la mayoría.

¹³⁶ CSJN, “*Dos Américas I.C. y F. c. Territorio Nacional de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur*”, 10/10/1996, *Fallos* 319:2108, considerando 14.

provincial o municipal turbe o restrinja, por acción u omisión, los derechos del propietario.”¹³⁷

A pesar de la claridad de la norma, al enfrentar este tipo de demandas la Fiscalía de Estado de la PBA se defendió, principalmente, con dos argumentos. El primero de ellos consiste en la alegación del carácter facultativo de la voluntad expropiatoria por parte del poder ejecutivo, y el segundo en que la desposesión efectuada por la cooperativa no resulta imputable al Estado.¹³⁸

La pretensión de que el ejercicio de la voluntad expropiatoria resulta facultativo no puede tener lugar. Dado que el Poder Legislativo asignó democráticamente un recurso a un particular, el Poder Ejecutivo no puede, luego de haber promulgado dicha ley, negarse a ejecutarla y abandonar la expropiación sin buenos motivos que justifiquen esta decisión. Esto por la simple razón de que la facultad de no implementar una ley no puede ser ejercida por el Estado de manera arbitraria, discriminatoria o de mala fe, sin violar con ello el principio de legalidad y de igualdad ante la ley. De lo contrario no se estaría tomando en serio el estado de derecho.¹³⁹

La segunda defensa esgrimida usualmente por la Fiscalía de Estado consiste en alegar que el desapoderamiento efectuado por un tercero (una cooperativa registrada no puede asimilarse directa o indirectamente a la desposesión a cargo del Fisco, situación frente a la cual los particulares cuentan con las herramientas tradicionales del derecho penal. Este entendimiento no resiste ni siquiera el análisis más superficial, y solo confirma la mala fe con la que la PBA ejerce su prerrogativa de abandono de la expropiación. Pues resulta por demás claro que la sanción de la ley se llevó adelante a los fines de que los trabajadores puedan ocupar la planta de la empresa quebrada.

A pesar de lo evidente de este razonamiento, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires decidió intervenir en este debate en el precedente “San Justo S.A.I.C c/ Provincia de Buenos Aires s/ Expropiación inversa”, de fecha 11 de marzo de 2015.¹⁴⁰

¹³⁷ Ley 5708, art. 41 inciso c).

¹³⁸ Véase Movimiento de Fábricas Recuperadas por los Trabajadores, “Rechazo al negociado...”

¹³⁹ La conducta reiterada del gobierno de la PBA de promulgar leyes pero nunca ejecutarlas indica que el recurso al instituto de la expropiación aspira a una eficacia restringida al plano meramente simbólico, sin pretender operar desde lo instrumental. De esta forma, el gobierno de la PBA busca legitimar su intervención en un conflicto donde se solicita su presencia con apremio, pero no necesariamente aparece para solucionar el problema. Para un desarrollo de este rasgo característico de los sistemas legales latinoamericanos, véase César Rodríguez, *Derecho y Sociedad...*

¹⁴⁰ Posteriormente, volvió a decidir en el mismo sentido en el precedente “Lavadero de Lanás el Triunfo

La discusión versaba acerca de si en el caso podía considerarse que la omisión del Estado de pagar la indemnización previa de una ley expropiatoria de una fábrica podía asimilarse a un acto que turba o restrinja los derechos del propietario. Con la implicancia normativa de que esto habilitaría la acción de expropiación inversa conforme el artículo 41 inciso C) de la Ley de Expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires. La pretensión defensiva de la Fiscalía de Estado había sido acogida favorablemente en Cámara en razón del argumento reseñado en el párrafo anterior. La SCPBA dio vuelta este criterio, con la disidencia del juez Pettigiani.¹⁴¹

Pasemos ahora a otro punto controvertido respecto de las leyes de expropiación de empresas en quiebra, que tiene que ver con la utilidad pública ¿Existe utilidad pública cuando se quita un bien del patrimonio de un particular en beneficio de otro particular? De acuerdo a la postura del Dr. Rivera, la respuesta a este interrogante claramente es por la negativa.¹⁴² En refuerzo de su postura cita un fallo de la CSJN, “Fisco Nacional c/ Ferrario Jorge J.”, en el que el tribunal establece que el incumplimiento del requisito de utilidad pública “acontece [...] cuando resulta claro y manifiesto que el Estado, so color del ejercicio expropiatorio, lo que realmente hace es quitar a una persona la cosa de que es propietaria para dársela a otra, en su exclusivo provecho patrimonial, como dádiva, es decir, sin beneficio público alguno.”¹⁴³ No obstante, este criterio fue sentado en un caso de circunstancias muy diferentes a las que conciernen a las empresas recuperadas beneficiarias de una ley expropiatoria. Repasemos los hechos del caso Ferrario como constan en la sentencia.

Jorge Ferrario, el demandado, formó parte del grupo de corredores de la Cuarta Carrera Panamericana, que se había disputado en México en el año 1953. A su regreso, al pretender ingresar el automóvil a la Argentina, no logró hacerlo, puesto que el Estado alegaba la insuficiencia la documentación para conseguir el permiso de ingreso. Esto

S.A.C.I.F.I. contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Expropiación inversa”, decidido en fecha 29 de abril de 2015. La única diferencia con el precedente San Justo S.A.I.C era que la tenencia de los bienes expropiados había sido otorgada a la cooperativa a título oneroso.

¹⁴¹ El voto del juez Genoud, sostuvo al respecto que “atento a las constancias habidas en autos (las mismas leyes [...] que declaran de utilidad pública y sujetos a expropiación los inmuebles propiedad de la empresa ‘Cristalería San Justo S.A.I.C.’, para ser adjudicados en propiedad y a título gratuito a una cooperativa [...]), entiendo que en gran parte la autoridad pública ha, cuanto menos, coadyuvado para que el dueño de los referidos bienes haya padecido la turbación y restricción en sus legítimos derechos.”

¹⁴² Véase Julio César Rivera, “La des-protección del crédito”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* 67 (2007): 19-37.

¹⁴³ CSJN, “Gobierno Nacional c. Ferrario, Jorge”, *Fallos* 251:246, considerando 7º del voto de la mayoría.

mismo sucedió con otros participantes de la carrera. De los participantes que regresaron de la carrera, hubo 56 que sí obtuvieron los respectivos permisos del Banco Central, pero hubo otros 15, entre ellos Jorge Ferrario, a los cuales se les expropiaron sus automóviles sin demasiada motivación para fundar este desigual tratamiento. El bien expropiado fue dado en adjudicación al señor Armando Núñez, y la única razón que la segunda instancia encontró para explicar dicha asignación de recursos era una carta que obraba en el expediente judicial, en la cual el entonces Presidente de la República, Juan Domingo Perón, solicitaba al Ministro de Comercio que por recomendación suya se le adjudicara dicho bien al señor Núñez.

Lo burdo de los hechos del caso no deja lugar a dudas respecto de la inexistencia de utilidad pública alguna en la provisión de favores oficiales motivados en el nepotismo o la amistad con algún particular. Es imposible frente a este escenario no estar de acuerdo con el criterio de la CSJN cuando afirma que la utilidad pública no aparece “cuando lo único que concurre es el don o la gracia que los poderes políticos quieren practicar en provecho de quienes les son adictos”¹⁴⁴.

No obstante, aún con el más fuerte de nuestros esfuerzos argumentales resulta muy difícil asimilar una ley de expropiación otorgada a un grupo de trabajadores que han puesto en marcha una empresa tras un año entero de lucha, trabajo y sacrificio, a una prebenda otorgada en razón de la amistad o la afiliación política. Pero aun si quisiéramos intentar ese esfuerzo, y asimilar la expropiación de Alcoyana a un acto de gracia de los poderes políticos para captar más votantes, ello no resultaría suficiente para alterar la causa de utilidad pública de la expropiación.

Las políticas públicas por lo general persiguen votos, al mismo tiempo que por su propia naturaleza no pueden satisfacer los intereses de todos por igual. Así, la regla es que algunos se beneficien mientras otros se vean perjudicados por ciertas políticas, y esto no las invalida como tales ni las convierte necesariamente en arbitrarias o discriminatorias – extremos que operan como límites al ejercicio del poder expropiatorio estatal a partir del requisito de utilidad pública.¹⁴⁵ Resultaría bastante extraño pensar que un beneficio pueda ser calificado por discriminatorio solo por no alcanzar a todo el mundo ¿Podríamos impugnar un plan de viviendas por

144 CSJN, “Gobierno Nacional c. Ferrario...”, considerando 9º c) del fallo de la mayoría.

145 Véase CSJN, “Servicio Nacional de Parques...” considerando 11.

discriminatorio si este no provee habitación a toda la gente sin vivienda de Argentina? Entiendo que no.

Para finalizar, es cierto que nada se ha dicho aquí sobre la línea jurisprudencial de la CSJN respecto de si la declaración de utilidad pública es o no revisable por parte de los jueces. Considero que esa discusión es un género dentro de la especie de la profusa tradición de los debates acerca del ejercicio de control de constitucionalidad; por ello no voy a profundizar en este debate.¹⁴⁶ No podremos, sin embargo, evadir las cuestiones concernientes a nuestros compromisos democráticos a la hora de determinar si la utilidad pública puede configurarse cuando se quita un bien del patrimonio de un particular para pasarlo de otro particular. Si quisiéramos trazar la línea divisoria entre lo que es utilidad pública y lo que no lo es, en función de si la expropiación es a favor de un grupo de individuos o de la “comunidad toda”, nos meteríamos en más problemas de los que pretenderíamos resolver, pues siempre que se expropia algún bien para someterlo a un uso de utilidad pública, algunos grupos se verán más favorecidos que otros.

Esta dificultad en determinar qué fines son de utilidad o interés público, y qué fines son de interés o beneficio particular, nos obliga a ser muy deferentes con la determinación que se haga de los mismos a partir de los mecanismos democráticos de participación designados a tales efectos.

Veamos cómo administró la SCPBA las tensiones involucradas en la validez de la determinación de utilidad pública y los derechos de propiedad. En el año 2009 la SCPBA decidió el caso O'Connor Alberto Marcos y otro s/ Inconstitucionalidad ley provincial 11959.¹⁴⁷ Los demandantes, los Sres. O'Connor y Falco, eran propietarios de unos terrenos ubicados en el partido de San Isidro, cuyo destino iba a ser la construcción de un barrio residencial. Tiempo después, tres calles que lindaban con el predio fueron ocupadas por varias familias, razón por la cual los propietarios formularon una denuncia en la municipalidad, que no derivó en la solución del problema ni el desalojo de los ocupantes. En junio de 1997, la legislatura declara de utilidad pública y sujetos a expropiación los inmuebles de los actores, disponiendo que los mismos serán

146 Véase al respecto Santiago Maqueda, “La ‘utilidad pública’ en la expropiación argentina y el *public use* en los *takings* norteamericanos. Comparación de su alcance y estándares de revisión en la jurisprudencia”, *El Derecho*, 18/05/2011; Germán Bidart Campos, “Régimen Constitucional...”

147 SCPBA, “O'Connor Alberto Marcos y otro s/ Inconstitucionalidad ley provincial 11959”, causa I2107.

adjudicados en propiedad a título oneroso a sus ocupantes con cargo de construir una vivienda propia y bajo la previa condición de haber ocupado el predio por un período no inferior a dos años antes de la sanción de la ley.

La SCPBA debía pronunciarse sobre si existía o no una genuina causa de utilidad pública en la expropiación. El voto del juez Soria aclara en el considerando 1.c, que no resulta suficiente que los demandantes fundamenten “su pretensión en el tradicional pensamiento que reputa inválido expropiar a unos para darle a otros [...] planteo que, sin otro aditamento, seguramente habría devenido insuficiente para privar de validez a la norma legislativa”. En consecuencia, la SPCBA hace una distinción entre aquellos casos en que la utilidad pública se logra de manera “directa”, y aquellos en los que esta aparece solo indirectamente. La diferencia es que en los primeros la utilidad pública es lograda al “incrementarse el dominio público o el patrimonio estatal merced a la incorporación de la cosa expropiada y procurarse con ello un beneficio tangible para una universalidad más o menos indeterminada de personas (vgr. Construcción de caminos, represas, canales, hogares de ancianos, por citar algunos ejemplos)”,¹⁴⁸ y en el segundo tipo de casos, en cambio, la utilidad pública se logra “mediante la provisión de concretos beneficios a un número limitado y determinable de individuos, incardinada en el marco de políticas sociales, económicas o de otro tipo.”¹⁴⁹ En el segundo tipo de casos, la SCPBA asevera, retomando razonamientos de la Corte norteamericana, que nuestra deferencia por el criterio parlamentario debe ser menos rotunda, en cuyo caso “la satisfacción de la utilidad pública demandará evidencia más perceptible sobre a] el correlato entre las razones que sustentaron la determinación legislativa y las circunstancias fácticas que se alegaron como determinantes para echar mano del instrumento expropiatorio [S.C. U.S.A., *Cincinnati v. Vester*, 281 U.S. 439 (1930)] y; b] la vinculación entre la decisión expropiatoria y un plan gubernamental en la materia racionalmente evaluado [doct. *Kelo v. City of New London*, sent. de 23-VI-2005)”¹⁵⁰.

En este estándar, que llamaremos estándar de la “razonabilidad de la utilidad pública”, el primer requisito significa nada menos que a la hora de expropiar algo en nombre de la satisfacción de algún derecho en particular, las circunstancias fácticas

148 SCPBA, “O’Connor...”, considerando 2.a.

149 SCPBA, “O’Connor...” considerando 2.b.

150 SCPBA “O’Connor...” considerando 2.b. Sólo a título ilustrativo, el resultado del pleito fue favorable a los actores, puesto que los terrenos que eran mencionados en la ley expropiatoria ni siquiera estaban usurpados por nadie, dejando sin expropiar aquellos que sí lo estaban.

alegadas para hacerlo deben estar relacionadas con la satisfacción de ese derecho. Es decir, no sería legal expropiar terrenos bien ubicados de ciudadanos particulares para que los miembros del Congreso vivan en mejores casas, alegando que queremos proteger la libertad de expresión, puesto que las circunstancias fácticas alegadas (los legisladores quieren vivir en casas elegantes) nada tienen que ver con las razones por las cuales se expropia (robustecimiento de la libertad de expresión).

Respecto del segundo ítem, el desafío interpretativo aparece en la vinculación del recurso expropiatorio con un plan gubernamental “racionalmente evaluado”. ¿Esto quiere decir el plan más eficiente? ¿O simplemente uno de los planes posibles que traiga consigo cierta proporcionalidad? La CSJN, a la hora de evaluar la necesidad de las medidas implementadas, siempre se ha resistido a pronunciarse acerca de los méritos del medio elegido por los poderes políticos, optando por la segunda opción interpretativa.¹⁵¹ Desde otra óptica, el estándar adoptado por la CIDH pone la vara más alta al establecer que para conseguir un fin determinado “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”.¹⁵² Es decir, no basta que la restricción obedezca a razones de oportunidad mérito y conveniencia sino que es necesario un interés estatal imperioso en la adopción de la medida, y que esa medida sea la menos restrictiva de todas.

En el acotado espacio de este trabajo no vamos a poder saldar discusiones tan amplias sobre el mérito de cada uno de los diferentes criterios a la hora de determinar posibles alcances del principio de razonabilidad. No obstante, sí voy a analizar algunos elementos fácticos de la expropiación de Alcoyana, para ver hasta qué punto encajan con el estándar de razonabilidad de la utilidad pública de la SCBPA.

En cuanto al primer requisito del estándar de razonabilidad de la utilidad pública adoptado por la SCPBA (la adecuación de la medida para abordar el derecho que dice proteger), basta con decir que los ex operarios de Alcoyana estaban trabajando gracias, en parte, a la aprobación de la ley expropiatoria. Es decir, por un lado el fin que se intenta proteger es legítimo en términos constitucionales – derecho a trabajar –, y por otro, la medida expropiatoria, de verse completamente perfeccionada, impactaría sobre

151 Véase Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes* (Buenos Aires: Astrea, 1989), citado en Cianciardo, *El principio de razonabilidad...*, 84.

152 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas”, considerando 46.

el objetivo esperado. Desde luego que podríamos contraargumentar lo anterior diciendo que estas medidas esporádicas de contención de la fuente laboral de un grupo particular de trabajadores no resuelven los problemas del desempleo como fenómeno sistémico, sino sólo el de esos trabajadores azarosamente beneficiados por la expropiación. Pareciera difícil rebatir esta postura. No obstante dos cosas me impiden persuadirme de la inadecuación de la medida por estos argumentos. En primer lugar, como afirma Cianciardo, para acreditar que existe razonabilidad en la medida adoptada “no cabe exigir la realización total del fin buscado: basta una aptitud o posibilidad de cumplimiento parciales”,¹⁵³ en segundo lugar, nada impide que esta medida, sin dejar de ser un “parche” al problema, contribuya a disminuirlo por lo menos a lo que respecta a estos trabajadores en particular. Y como los tribunales no pueden convertirse en jueces últimos del mérito de las decisiones políticas, ante la duda debe estarse por la idoneidad de la medida, como en el caso aquí presente.

El segundo ítem del estándar de la SCPBA nos presenta mayores complicaciones para la validez de la norma bajo análisis. Por un lado, la SPCBA se refiere a la existencia de “un plan gubernamental en la materia racionalmente evaluado”, pero nada nos dice acerca de si dicho plan tiene que ser el más eficaz, el menos restrictivo de derechos, o simplemente algún plan que resulte medianamente proporcional, además de adecuado. A partir del hecho de que la SPCBA generó estándares diferenciados según los beneficios de las expropiaciones sean de carácter directo, o indirecto, podríamos sospechar que el rigor con el que debemos analizar ambos casos es sustancialmente diferente. El segundo tipo de casos, debido a la naturaleza *ad hoc* de la ley bajo análisis, nos compele a robustecer mucho más los requisitos necesarios para calificar a la medida como razonable.

La descripción realizada en párrafos anteriores sobre la conducta demagógica del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, que se podía advertir a través de su negativa a integrar de las indemnizaciones nos permite sospechar sobre la existencia de un plan racionalmente evaluado, y más bien nos hace pensar que se trata de una solución de cortísimo plazo. Una solución que implica costos que los funcionarios del poder ejecutivo no parecen dispuestos a tomarse en serio.

¹⁵³ Cianciardo, *El principio de razonabilidad...*, 78.

Así, el recurso de la ley expropiatoria, de acuerdo a mi opinión, podría salir airoso de este examen de razonabilidad de utilidad pública si el gobierno redefiniera su intervención en el marco de alguna estrategia macro que evaluara la viabilidad de los emprendimientos a expropiar, y luego sometiera la expropiación al repago del precio y la conservación del carácter autogestivo del emprendimiento. Desde luego, cualquier variante de esta propuesta que presente un mínimo de racionalidad y planificación podría funcionar.

Una cuestión que aún no ha sido abordada es que a lo largo del análisis presumí que los miembros del cuerpo legislativo provincial contaban con información acerca de la viabilidad de la cooperativa Alcoyana. No podemos saber el nivel de detalle con que cada uno de los legisladores que votó a favor de la expropiación estaba interiorizado con el caso, pero sí que los trabajadores tuvieron un intenso nivel de actividad convenciendo a diferentes diputados acerca del mérito de su proyecto de autogestión empresarial.¹⁵⁴ De esta manera, la información que tuvieron los legisladores sobre el giro de la empresa y sus posibilidades de éxito bajo control obrero se generó por fuera de la órbita interna de los propios poderes del Estado – es decir, de las agencias del poder ejecutivo para con los legisladores—.

Juan Marcelo Villoldo funda parte de su crítica a las leyes expropiatorias de empresas en que la LCQ dice que es el juez quien debe decidir sobre la posibilidad de continuación de la actividad empresarial. “Esta facultad que le otorga al magistrado el legislador nacional, quien, sobre la base del informe sindical del art. 190 debe tomar una decisión crucial en interés de los acreedores, de los trabajadores y de la sociedad, le está siendo arrebatada a través de las leyes de expropiación que se vienen dictando

154 Tercer entrevista de Luis Alberto Caro con el autor el día y segunda entrevista con Sosa. Este dato es coincidente con los resultados arrojados en una investigación basada en una muestra de otros 36 casos pertenecientes al MNFRT, estudiados por María Amalia Gracia en su libro *Fábricas de resistencia y recuperación social*: “Para obtener las leyes de expropiación los trabajadores fueron aprendiendo las reglas y regularidades de las instituciones legislativas. Supieron de la importancia de los espacios informales en los ámbitos legislativos y de que muchas de las cuestiones fundamentales se dirimen en los ‘pasillos’ Se aprendieron los contenidos y números de las leyes y los nombres de pila de cada legislador. Estuvieron allí para ‘hablar con todos’. Supieron de horarios, ritmos y gestos, de la competencia de las comisiones y del funcionamiento y conexión (o desconexión) entre ellas, de las alianzas y divisiones en los bloques políticos que integran los partidos [...]”

De las encuestas realizadas se observa que el 72% de los trabajadores participó en alguna de las acciones desplegadas para obtener las leyes de expropiación y, de ellos, casi la mitad fue a hablar con los diputados o senadores. La centralidad de Luis Caro en el movimiento no sólo es explicable a partir de la eficacia en su actuación jurídica sino también porque pudo transmitirles a los trabajadores este “saber hacer” necesario en los espacios jurídico-políticos donde se dirimen las leyes”, 248-249.

desde hace un tiempo por diversas legislaturas provinciales, no permitiendo que se efectúe un análisis tan importante como el de determinar, entre otras cosas, si la empresa es viable o no para continuar sus actividades.”¹⁵⁵ Aquí surgen varias preguntas ¿Por qué suponemos que los únicos legitimados para analizar la viabilidad del emprendimiento son los jueces? ¿Por qué razones creemos que son quienes mejor pueden hacerlo, incluso por encima de los cuadros técnicos con los que pueda contar el Estado? ¿Acaso la empresa sólo es viable si lo dice un juez? ¿No puede haber otras instancias a partir de las cuales se pueda generar información valiosa sobre el giro empresario? El lector podrá darse sus propias respuestas.

b. Los efectos de la expropiación en la quiebra

Descartada la tesis de Marienhoff que propone que la expropiación genera *ipso facto* derecho a poseer el bien, resta saber si existen algunos otros efectos que la ley expropiatoria podría tener sobre el proceso de quiebra. La pregunta es fácil si hablamos de una expropiación debidamente perfeccionada de acuerdo a los estándares constitucionales; calificación de utilidad pública por ley formal y previa e íntegra indemnización. En ese caso, nada cuesta coincidir con la opinión de Juan Marcelo Villoldo, que afirma que “la expropiación excluirá la figura de la quiebra con continuidad, reduciendo el proceso a un caso más de quiebra liquidativa, en el cual se repartirá el importe que ingrese a la masa en concepto de indemnización.”¹⁵⁶

Si bien una expropiación no perfeccionada no cambia la titularidad de los bienes de la fallida, como me he encargado de mostrar en el título anterior, su sanción genera otro importante efecto jurídico, que es el del artículo 15 de la ley de expropiaciones 5708 de la Provincia de Buenos Aires, que establece que “no se considerarán válidos respecto al expropiante, los contratos celebrados por el expropiado con posterioridad al acto que declaró afectado el bien, y que impliquen la constitución de algún derecho sobre el mismo a su respecto.” Desde luego que dicha disposición está pensada para proteger la finalidad buscada por la ley expropiatoria, esto es, que no se vuelva de imposible realización a causa de la disposición del bien por parte del sujeto expropiado. Esta prohibición no es aplicable a los contratos que el juzgado quiera celebrar con la cooperativa durante el proceso de quiebra, puesto que esta situación escapa a las que el

155 Villoldo, Juan Marcelo. “La expropiación en la quiebra ¿Un fenómeno sin límites?”. Jurisprudencia Argentina 2003-IV-1490, 4-5.

156 Villoldo, “La expropiación en la quiebra...”, 3.

legislador quiso prevenir con la sanción de esta norma. Lo que se intenta resguardar allí es la eficacia de la ley.

Lo anterior, sin embargo, no implica que la limitación para contratar o disponer del bien del artículo 15 de la Ley de Expropiaciones de la Provincia de Buenos Aires pueda ser utilizada de mala fe por parte de la cooperativa. La jurisprudencia se ha pronunciado con nitidez respecto del alcance de las leyes expropiatorias, llegado el caso de que dificultaran o interfirieran indebidamente en el desenvolvimiento del proceso falencial. A pesar de la eficacia simbólica que representan estas leyes expropiatorias no perfeccionadas, las mismas no han tenido un alcance demasiado amplio en los tribunales cuando comienzan a colisionar con el curso normal del proceso.

Un caso paradigmático en esta línea es el de Frigorífico Yaguané S.A s/ quiebra¹⁵⁷. Este frigorífico comenzó a gestionarse bajo control obrero en el año 1996. De acuerdo a Francisco Junyent Bas¹⁵⁸ –y esta información coincide con lo mencionado en la sentencia¹⁵⁹– los trabajadores explotaban las instalaciones en virtud de una locación de fondo de comercio en el marco del concurso preventivo del frigorífico, contrato que fue declarado ineficaz una vez decretada la quiebra. Ello con motivo de que la locación del fondo de comercio no había sido aprobada conforme los procedimientos correspondientes del artículo 16 LCQ.

La quiebra de la compañía, conforme al texto de la sentencia, se decreta en marzo del año 2003. Entonces el presidente de Frigorífico Yaguané S.A informa que la fallida no realizaba actividad comercial alguna en la planta, y que el giro comercial se encontraba en cabeza de la cooperativa Tra.Fri.Ya Ltda. Frente a este panorama, en función de las prerrogativas del artículo 189 LCQ, el síndico permite a la cooperativa continuar “las actividades de la planta de la fallida, designándola depositario judicial del inmueble y los bienes que allí se encontraban.”¹⁶⁰ Más adelante, la sindicatura aconseja suscribir un contrato de uso y goce de la planta en los términos del artículo 190 y 185 LCQ, disponiendo el pago de un canon mensual por parte de la cooperativa. Pero esta última solicita que se le mantenga el precio del canon locativo que venía

¹⁵⁷ CNcom, Sala A, Frigorífico Yaguané S/ Quiebra, 06/11/2008.

¹⁵⁸ Francisco Junyent Bas, “El dificultoso camino de la continuación empresarial y en especial por las cooperativas de trabajo”, *La Ley* 2009-C, 104.

¹⁵⁹ CNcom, Sala A, Frigorífico Yaguané..., considerando 3.

¹⁶⁰ CNcom, Sala A, Frigorífico Yaguané..., considerando 3.1.

pagando en función del anterior contrato hecho con Frigorífico Yaguané S.A, y que había sido declarado inoponible a la quiebra.

Mientras la cámara resolvía esta solicitud, el síndico intima a la cooperativa a que pague, como mínimo, los importes acordados en el viejo contrato. Frente al incumplimiento de esta obligación, la sindicatura pide al juez que revoque la autorización para explotar el establecimiento por parte de la cooperativa. Promediando este conflicto, la cooperativa Tra.Fri.Ya. Ltda entra a su vez en concurso preventivo de acreedores.

Como componente adicional, la cooperativa contaba con una ley de expropiación de la Provincia de Buenos Aires.¹⁶¹ Esta fue la herramienta utilizada por el síndico del concurso de la cooperativa para argumentar en la quiebra del frigorífico que el juzgado no podía disponer de los bienes de la fallida, “pues estos se encuentran sujetos a expropiación y donación a favor de la cooperativa”, razón por la cual no correspondía que estos integraran un canon.

Los trabajadores concurren en la misma línea argumental que el síndico del concurso de la cooperativa, diciendo que desde el momento en que el síndico de la quiebra principal inició el juicio de expropiación inversa “se desentendió de los bienes expropiados [y que] que al reclamar el cobro de la indemnización correspondiente a la expropiación no puede pretender que se le abone además, el canon locativo perseguido”¹⁶².

Frente a estos argumentos, tanto el dictamen de la fiscal general Alejandra Gils Carbó, como la sentencia judicial, fueron contundentes en la respuesta: “la existencia de una ley de expropiación no modifica la obligación de la cooperativa de pagar cánones locativos hasta tanto la expropiación no sea perfeccionada”,¹⁶³ y “el hecho de que el bien en cuestión se encuentre sometido a expropiación por parte de la Provincia de Buenos Aires [...] no impide al Juez del proceso falencial reclamar el pago del canon

¹⁶¹ Ley de la Provincia de Buenos Aires 12.688, de expropiación del frigorífico Yaguané, B.O. 08/06/2001, disponible en <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-12688.html> (consultado por última vez en 30/07/2012).

¹⁶² CNcom, Sala A, Frigorífico Yaguané..., considerando 2.

¹⁶³ CNcom, Sala A, Frigorífico Yaguané..., considerando 5º del dictamen de la Fiscal General.

en cuestión, pues en tanto la expropiación no se concrete, el bien fructúa para la quiebra”¹⁶⁴

En un sentido similar resolvieron los magistrados de la sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial cuando tuvieron que pronunciarse en los autos Polimec S.A s/ quiebra s/ incidente de venta. Este expediente, proveniente del mismo juzgado en el que tramita la quiebra de Alcoyana, pertenecía a la quiebra de la Cooperativa de Trabajo Felipe Vallese Ltda. En esta oportunidad la magistrada de primera instancia se negó a resolver sobre una oferta de compra presentada por la cooperativa, puesto que se había iniciado un “trámite administrativo a los fines de efectivizar la ley de expropiación del inmueble y bienes muebles de la fallida, conforme lo denunciara la referida cooperativa.”¹⁶⁵

La respuesta de la Sala C vez fue nuevamente muy clara: “si bien no se encuentra vencido el plazo dispuesto en el art. 7 de la ley [de expropiación] 14056, el trámite expropiatorio no ha concluido, permaneciendo los bienes en cabeza de la sociedad fallida debiendo en consecuencia la magistrado de grado instar su liquidación y resolver las cuestiones atinentes a ese estado del procedimiento.”¹⁶⁶ Lo decidido por el tribunal era más que razonable, dado que esta era la tercera ley expropiatoria que se dictaba sobre la planta de Polimec S.A. En este contexto, que el juzgado deniegue a los trabajadores la posibilidad de hacer una oferta directa, basado en la esperanza de la indemnización expropiatoria no parecía compatible con una protección correcta de los derechos de propiedad afectados.

D. CONCLUSIÓN

La misma salvedad hecha en la introducción de este trabajo, correspondiente a la representatividad de este estudio de caso, amerita ser enfatizada nuevamente en esta instancia. De esta manera, la recuperación exitosa de Alcoyana no nos dice casi nada sobre la posibilidad en general de las empresas recuperadas de ser viables en el mercado, ni de la conveniencia de acoger favorablemente a nivel normativo su incorporación como herramienta frente a las crisis empresarias.

¹⁶⁴ CNcom, Sala A, Frigorífico Yaguané..., 8º de la sentencia.

¹⁶⁵ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 6º Secretaría 11, “Polimec S.A s/ quiebra”, 19/04/2011, Considerando 1º.

¹⁶⁶ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 6º Secretaría 11, “Polimec S.A...”, considerando 2º.

Si bien en este caso se observa que la conformación de la cooperativa era percibida por los trabajadores como la última opción dentro de las diferentes salidas posibilitadas por el contexto, tampoco podemos hacer reclamos generalizados sobre el tipo de impacto que podría tener la última reforma de la LCQ en los incentivos de cooperación de los trabajadores frente a procesos de crisis empresaria. La pregunta que podríamos plantearnos, que no encuentra respuesta a partir de lo observado en este trabajo, sería la siguiente: la facilitación por vía legislativa de los mecanismos a partir de los cuales los trabajadores agrupados en cooperativa pueden quedarse con los activos de la empresa ¿impacta de alguna manera en los incentivos que estos tengan para cooperar con la resolución de las crisis empresarias bajo la gestión de los empresarios?

Mi intuición, que parte de haberme interiorizado con la casuística a lo largo de este trabajo, me sugiere que no tiene demasiado que ver la adversidad o el visto bueno de la legislación, puesto que la decisión de emprender la recuperación es relatada por los trabajadores como una opción drástica que se atraviesa con dramatismo. Un camino angustioso que los trabajadores preferirían no transitar, independientemente de las consideraciones normativas. Los trabajadores de Alcoyana hasta los minutos finales previos a la declaración de quiebra albergaron la esperanza de que la empresa fuera rescatada por un gran inversionista, para continuar así trabajando bajo una relación de dependencia pura y simple.

La hipótesis de que una LCQ que otorgue voz y participación a las cooperativas de trabajo en el marco de una quiebra podría funcionar como un obstáculo para la cooperación de los trabajadores tampoco mostró gran protagonismo en nuestro caso, considerando la forma en que los trabajadores mantuvieron conversaciones, cooperaron y finalmente llegaron a un acuerdo con el grupo empresario interesado en adquirir el predio donde se encontraban trabajando. Asimismo, esta actitud razonable también operó puertas adentro del emprendimiento, cuando los propios miembros de la cooperativa votaron cambiar la conducción de la empresa y corregir el curso de los negocios apenas se advirtieron comportamientos predatorios por parte de la administración.

No obstante, hacer una generalización postulando que esta es la manera en que se conducen los trabajadores en todas las fábricas recuperadas no deja de ser una conjetura,

una mera hipótesis que para verse revestida de representatividad necesitaría contar con estudios empíricos que la avalen seriamente.

Respecto de la situación crediticia de la empresa, hemos visto que Alcoyana no contó para su recuperación con recursos del sistema financiero formal. Sin embargo, esto nada nos dice sobre en qué medida esta falta de acceso al crédito se muestra como patología propia de las empresas recuperadas, o de la empresa argentina en general.

Por otro lado, si bien Alcoyana no contó con el favor del mercado financiero, sí contó con la solidaridad de otras fábricas del MNFRT que proveyeron a los trabajadores del capital mínimo y necesario para restablecer paulatinamente la productividad con recursos de sus propias arcas. También se advierte la presencia de capital provisto desde el Poder Ejecutivo, pero no exclusivamente subsidios, y en esto es paradigmático el Pago Único como elemento clave en la capitalización de la cooperativa. Si bien el cobro del Pago Único fue gestionado a través de una agencia estatal, este dinero era respaldado por aportes que los trabajadores habían realizado al seguro del fondo de desempleo cuando trabajaban bajo relación de dependencia, aportando recursos genuinos al sistema de la seguridad social.

Por otra parte, hemos advertido en este trabajo cierta insuficiencia regulatoria en relación al tratamiento que merecen aquellas solicitudes de cobro del Pago Único para invertir dicho monto en emprendimientos que están en vías de recuperación y no cuentan aún con permiso judicial. Sobre este punto, advertimos que una regulación que habilite a otorgar el Pago Único a emprendimientos que no cuenten con autorización judicial podría resultar favorable por dos razones: en primer lugar, porque la inyección de capital en principio no sería susceptible de impactar en el valor de los activos de la empresa, que es prenda común de sus acreedores; y en segundo lugar porque los tribunales no son organismos omniscientes cuya palabra se constituya en verdad absoluta respecto del futuro del emprendimiento. En este sentido, este capital inicial otorgado a las empresas recuperadas por parte del MTySS habilita la provisión de información al sistema jurídico sobre la viabilidad de la empresa a través de uno de los mecanismos más eficientes y descentralizados: la competencia en el mercado.

Es cierto también que la recuperación de Alcoyana dentro de la misma actividad en la que anteriormente había quebrado se explica, por un lado, por la eliminación de los sueldos gerenciales, y por otro lado porque las cooperativas gozan de un tratamiento

tributario más favorable que otros tipos societarios, pues no pagan impuesto a las ganancias, y en muchas provincias tampoco pagan ingresos brutos. Esta menor presión tributaria podría ser entendida como una forma de subsidio – es difícil pensar lo contrario –, pero su tratamiento diferenciado no es arbitrario pues a diferencia de los emprendimientos capitalistas tradicionales, en las cooperativas esperaríamos una distribución equitativa del ingreso entre los socios. Esta resulta de por sí una buena razón para justificar un tratamiento tributario diferenciado para los emprendimientos gestionados bajo el cooperativismo. Desde este punto de vista, la afirmación de que las cooperativas son llamadas por el legislador a “competir deslealmente en el mercado”,¹⁶⁷ al decir de Rubín, resulta problemática considerando que el tratamiento diferenciado se motiva en el favorecimiento de un tipo particular de organización de la producción que tiene un impacto redistributivo directo.

Esta circunstancia podría verse contrarrestada por una de las objeciones más clásicas que se hacen al cooperativismo, consistente en su dificultad para no verse cooptado por las dinámicas de la competencia y el capitalismo tradicional. La crítica consiste en que “si las cooperativas tienen éxito, degeneran en empresas capitalistas, y si no desaparecen.”¹⁶⁸ Esta necesidad de inserción en el mercado, de acuerdo a algunos autores, conlleva el riesgo de que las fábricas recuperadas generen condiciones de autoexplotación,¹⁶⁹ relajando los pisos mínimos de las condiciones laborales esperables para un trabajador promedio. Ello nos enfrentaría a “una redefinición de los lazos sociales en dirección a una mayor degradación de los derechos políticos y sociales”, que deberíamos discutir si estamos dispuestos a aceptar.¹⁷⁰

Asimismo, hemos analizado los riesgos que podría traer consigo una regulación demasiado amplia de la procedencia de la continuidad en la quiebra en términos del

167 Rubín, “Las reformas...”, 16.

168 José Itzigsohn, “La gestión democrática del trabajo” *Osera*, 1er semestre 2009, disponible en <http://webiigg.sociales.uba.ar/empresasrecuperadas/PDF/ItzigsohnEEUU.pdf> (consultado por última vez en 30/07/2012).

169 Véase Oscar Martínez y Federico Vocos, “Las empresas recuperadas por los trabajadores y el movimiento obrero”, en *Produciendo Realidad. Las empresas comunitarias* (Buenos Aires, Ed. Topía-LaMaza, 2002), editado por Enrique Enrique Carpintero y Mario Hernández, citado en Gracia, *Fábricas de resistencia...*, 52.

170 Gracia, *Fábricas de Resistencia*, 52, parafraseando a Agustín Salvia, “Consideraciones sobre la transición a la modernidad, la exclusión social y la marginalidad económica. Un campo abierto a la investigación social y al debate político”, en *Sombras de una marginalidad fragmentada*, comps., Agustín Salvia y Eduardo Chávez Molina (Buenos Aires: Miño y Dávila, 2007).

valor informativo que nos provee la desobediencia al derecho a través de las ocupaciones fabriles, abriendo la posibilidad de incentivar recuperaciones aventureras por sobre aquellas que tengan una base razonable. No obstante, hemos aclarado que sin evidencia empírica sobre el funcionamiento práctico de la disposición legislativa es difícil saber si esta nueva regulación del permiso de continuidad, conforme a la última reforma de la LCQ, importa una legitimación *ex ante* de cualquier ocupación con fines de recuperar la empresa, o tan solo incrementa su capacidad de éxito en poca medida dejando cierto margen de incertidumbre al respecto.

En cuanto al mecanismo expropiatorio, hemos advertido las serias limitaciones jurídicas que presenta este recurso cuando se incumple el requisito de indemnización previa. Para revertir esta tendencia, hemos argumentado que el énfasis debe ser puesto en que la justicia no permita una utilización abusiva o de mala fe de la facultad de abandono de la expropiación por parte del Poder Ejecutivo de la PBA, y de la misma manera es importante que se dé curso favorable a los juicios de expropiación inversa cuando los trabajadores están explotando la fábrica, conforme al criterio adoptado por la CSJN y la SCPBA para la procedencia de dicha acción. Esto es importante, pues si bien las leyes expropiatorias no otorgan, de acuerdo a nuestro análisis, derecho a poseer la cosa hasta tanto no se haya indemnizado a los restantes acreedores, tampoco son inocuas en lo que respecta a las limitaciones que afectan a los funcionarios judiciales a la hora de hacer contratos con terceros distintos a la cooperativa.

Por otro lado, en lo que hace al cumplimiento del requisito de la razonabilidad en la utilidad pública en las expropiaciones conforme el estándar adoptado por la SCPBA, el mismo no puede considerarse satisfecho de acuerdo a la forma en que el gobierno de la PBA ha recurrido a las leyes expropiatorias de empresas para ser otorgadas a cooperativas. Me refiero al hecho de promulgar leyes expropiatorias sin comprometerse de manera seria al pago de las indemnizaciones, y al solo efecto de desplazar el problema a los juzgados y los acreedores de la quiebra. Este escollo podría superarse si se acreditara que la expropiación de empresas se da en el marco de un plan racionalmente evaluado. Por ejemplo, que se expropian empresas previa evaluación de viabilidad, contra la obligación de repagar el precio al Estado, y bajo condición de que la gestión de la compañía preserve su carácter autogestivo. Por supuesto, cualquier otra variante de este plan podría ser aceptada siempre que cuente con algún tipo de planificación racionalmente establecida.

Por último, respecto de la hipótesis testeada en esta investigación – tomada del trabajo de Rivera et al., y expuesta al final del punto 3)–, acerca del tipo de emprendimientos en los cuales es esperable que la continuación de la actividad de la fallida tenga resultados positivos (pequeños talleres cuyo capital sea la mano de obra intensiva), en este caso no se ha mostrado del todo verdadera. Naturalmente, esta afirmación dependerá de cómo definamos nuestras expectativas respecto de la *performance* las empresas recuperadas. En este sentido, la categoría de “empresa viable” puede ser dotada de contenido con el fin de delinear un estándar de eficiencia esperable a la hora de evaluar la procedencia de la continuación de empresas quebradas por parte de cooperativas de trabajo. Dicho estándar podría incorporar, como mínimo, la generación de un ingreso razonable para sus asociados sin generar pasivos que no puedan ser afrontados y con la posibilidad de acumular capital para eventualmente integrar un precio por los activos, de manera tal que los restantes acreedores también puedan tener la esperanza de recuperar sus acreencias. Probablemente no esperemos de las cooperativas que se conviertan en rentables multinacionales, pero sí que ocupen un lugar en la preservación del empleo y la economía autosustentable.

A modo de cierre quisiera destacar que así como la ley de quiebras puede ser vista como un mecanismo para distribuir los riesgos del sistema capitalista, también podemos imaginarla como una ocasión para el perdón. Como señala Martha Minow, “...los mecanismos legales involucrados en la resolución de deudas financieras implementa la idea del perdón al permitir a individuos y compañías declarar su insolvencia, sanear sus pasivos, y obtener inmunidad de los litigios sobre esas deudas a cambio de alcanzar determinados requerimientos.”¹⁷¹

Tanto para los individuos como para las compañías, esta chance de empezar de nuevo sin una deuda punitiva, es sin duda algo poderoso y digno de ser protegido por el derecho. En este sentido, la posibilidad de perdonar una deuda –en ocasiones contraída de manera irresponsable por los mandos gerenciales– a una compañía para que renazca por manos de sus trabajadores puede encuadrarse como una demanda legítima de justicia sobre la cual el derecho podría decir muchas cosas. Dar lugar al

¹⁷¹ Martha Minow, “Forgiveness, Law and Justice”. *California Law Review* 103 Issue 6 (2015): 1638.

perdón dentro del orden legal también puede ser un recurso valioso para responder a un daño.¹⁷²

Esta propuesta, desde luego, acarrea sus propios bemoles. Como señala Martha Minow, “puede poner en peligro la predictibilidad, la confiabilidad, y el igual tratamiento ante la ley que persigue el estado de derecho. Los esfuerzos por amplificar las ocasiones para el perdón a través del derecho podrían sin embargo preservar el estado de derecho y promover la justicia al prestar atención a singularidades específicas de problemas particulares.”¹⁷³ A lo largo de este trabajo hemos observado en detalle cómo operó la regulación de la LCQ en un caso particular, y los diferentes recursos con que contaron sus trabajadores para recuperar un emprendimiento quebrado, prestando especial atención a cómo estos se articulan, hacen sentido, o generan disrupciones con el estado de derecho y nuestros entendimientos de la constitución y la democracia. En este sentido, en línea con lo que propone Martha Minow, “[l]os detalles de estas sugerencias son menos importantes que las posibilidades que nos señalan para diseñar normas legales y prácticas que apoyen el perdón, sin resignar la equidad (*fairness*).”¹⁷⁴

172 Idem.

173 Martha Minow, “Forgiveness...”, pag 1615.

174 Martha Minow, “Forgiveness...”, 1645.

BIBLIOGRAFÍA

Cianciardo, J. El principio de razonabilidad: del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad. Ciudad de Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

Cole, Adam David. "You Say You Want a Revolution: Argentina's Recovered Factory Movement" *Hastings International & Comparative Law. Review* 30 (2006-2007): 211-230.

Dávolos, Patricia y Marcela Perelman. "Acción colectiva y representaciones sociales: los trabajadores de empresas recuperadas". *Labour Again Publications* disponible en http://www.iisg.nl/labouragain/documents/davolos_perelman.pdf (consultado por última vez en 30/07/2012).

De Soto, Hernando. *The other path: the invisible revolution in the Third World*. New York: Harper & Row, 1989.

Escandell, José. "Las cooperativas de trabajo en la ley de quiebras. Visión crítica de la reforma proyectada". *El Derecho*, 212-771.

Facultad Abierta. *Las empresas recuperadas en la Argentina*. Buenos Aires: Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires, 2005

Facultad Abierta. *Informe del tercer relevamiento de empresas recuperadas. Las empresas recuperadas en Argentina 2010*. Facultad de Filosofía y Letras Universidad de Buenos Aires, 2010.

Facultad Abierta. *Las empresas recuperadas por los trabajadores en los comienzos del gobierno de Mauricio Macri*. 2016. Disponible en <http://www.recuperadasdoc.com.ar/informe-mayo-2016.pdf> (consultado por última vez en 30/06/2017).

Fajn, Gabriel, Natalia Bauni, et al. *Fábricas y empresas recuperadas: protesta social, autogestión y rupturas en la subjetividad*. Buenos Aires, Centro Cultural de la Cooperación: Ediciones del Instituto Movilizador de Fondos Cooperativos, 2003.

García Villegas, Mauricio y César. A. Rodríguez Garavito. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2003.

González, Joaquín Víctor, Alfredo L. Palacios y Ricardo Levene. *Obras completas de Joaquín V. González*. Buenos Aires: Imprenta Mercatali, 1935.

Gracia, M. A. (2011). *Fábricas de resistencia y recuperación social: experiencias de autogestión del trabajo y la producción en Argentina*. México D.F., El Colegio de México.

María Amalia Gracia y Sandra Cavalliere, “Repertorios en fábrica. La experiencia de la recuperación fabril en Argentina, 2000-2006”, *Labour Again Publications*, disponible en <http://www.iisg.nl/labouragain/documents/gracia-cavaliere.pdf> (Consultado por última vez el 30/07/2017).

Itzigsohn, José. “La gestión democrática del trabajo” *Osera*, 1er semestre 2009, disponible en

<http://webiigg.sociales.uba.ar/empresasrecuperadas/PDF/ItzigsohnEEUU.pdf> (consultado por última vez en 30/07/2012).

Junyent Bas, Francisco. “Las cooperativas de trabajo en el proceso concursal. Sobre espejos de colores y argucias legales: la necesidad de una interpretación solidaria”. *La Ley* 2003-E, 1046 (2003).

Kramer, Larry. D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York, Oxford University Press, 2004.

Kramer, Larry D. "Popular Constitutionalism, circa 2004". *California Law Review* 92 (2004): 959-1011.

Lavaca. *Sin patrón: fábricas y empresas recuperadas por sus trabajadores*. Buenos Aires, Lavaca, 2007.

Lorente, Javier Armando. “La continuación de la explotación de la empresa fallida por una cooperativa de trabajadores: las tres trampas ocultas para la operatividad del art. 190”.

Lorente, Javier Armando. “Ley 26.684: una trampa mortal para la eficiencia del sistema concursal”. *Revista de derecho comercial y de las obligaciones* n° 252, enero-febrero 2012.

Martínez, Oscar y Federico Vocos. “Las empresas recuperadas por los trabajadores y el movimiento obrero”, en *Produciendo Realidad. Las empresas comunitarias*

(Buenos Aires, Ed. Topía-LaMaza, 2002), editado por Enrique Enrique Carpintero y Mario Hernández.

Marienhoff, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.

Maqueda, Santiago. “La ‘utilidad pública’ en la expropiación argentina y el *public use* en los *takings* norteamericanos. Comparación de su alcance y estándares de revisión en la jurisprudencia”. *El Derecho*, 18/05/2011.

Movimiento de Fábricas Recuperadas por los trabajadores, “Rechazo al negociado por 101.000.000”, disponible en

<http://www.fabricasrecuperadas.org.ar/5Octubre2010.php> (consultado por última vez en 29/07/2012).

Peñalver, Eduardo Moises. y Sonia K. Katyal. *Property outlaws: how squatters, pirates, and protesters improve the law of ownership*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2010.

Pitkin, Hanna Fenichel. "The Idea of a Constitution" *J. Legal Educ.* 37(1987): 167.

Post, Robert y Reva Siegel. “Popular Constitutionalism, Departamentalism, and Judicial Supremacy”. *California Law Review* 92 (July 2004): 1027-1043.

Rivera, Julio César, Claudio Alfredo Casadío Martínez, José Antonio Di Tullio, Darío J. Graziabile, Carlos Enrique Ribera. *Derecho Concursal* (Buenos Aires: La Ley, 2010).

Rubín. “Las reformas de la ley de Concursos y Quiebras del año 2011 y el fenómeno de las cooperativas de trabajo”.

Rebón, Julián. *La empresa de la autonomía: trabajadores recuperando la producción*. Buenos Aires, Colectivo Ediciones: Picaso, 2007.

Rivera, Julio César. “La des-protección del crédito”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* 67 (2007): 19-37.

Ross, Alf. Tû-tû. Genaro Carrió, Traductor. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.

Rouillon, Adolfo A. N. Régimen de Concursos y Quiebras. Buenos Aires, Astrea, 2010.

Ruggeri, Andrés. *Informe del IV relevamiento de Empresas Recuperadas en la Argentina. 2014: las empresas recuperadas en el período 2010-2013*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Cooperativa Chilavert Artes Gráficas. 2014.

Salvia, Agustín. “Consideraciones sobre la transición a la modernidad, la exclusión social y la marginalidad económica. Un campo abierto a la investigación social y al debate político”, en *Sombras de una marginalidad fragmentada*, comps., Agustín Salvia y Eduardo Chávez Molina. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2007.

Tropeano, Darío. “Cooperativa de trabajo y quiebra: su armonización en un fallo ejemplar”, *La Ley Córdoba*, 2003 (noviembre), 1185 (2003).

Turner, Edgardo N. “La expropiación de empresas”. *La Ley* 2003-D, 1208.

Villoldo, Juan Marcelo. “La compensación como medio para la adquisición de la empresa por parte de los trabajadores”. Trabajo presentado en la VI Jornada de Derecho Concursal, Mendoza, Argentina, septiembre de 2004.

Villoldo, Juan Marcelo. “La expropiación en la quiebra ¿Un fenómeno sin límites?”. *Jurisprudencia Argentina* 2003-IV-1490.

Jurisprudencia

CSJN, “Gobierno Nacional c. Ferrario, Jorge”, *Fallos* 251:246.

CSJN, “Servicio Nacional de Parques c. Franzini”, 04/05/1995, *Fallos* 318:445.

CSJN, “Dos Américas I.C. y F. c. Territorio Nacional de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur”, 10/10/1996, *Fallos* 319:2108.

CNcom, Sala A, Frigorífico Yaguané S/ Quiebra, 06/11/2008.

CNcom., Sala C, Fadip Fábrica Argentina de Instrumentos de Precisión S.A y otros S/ quiebra, 17/08/2011.

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 6° Secretaría 11, “Polimec S.A s/ quiebra”, 19/04/2011, Considerando 1°.

Juzgado N° 6 Secretaría 11. Productos Textiles S.A s/ Quiebra (Expte N°. 058363) en trámite.

Normativa

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas”.

Ley 20.337. Régimen de cooperativas y sus modificatorias. B.O. 15/05/1973.

Ley 20.744. Ley de contrato de trabajo y sus modificatorias. B.O. 29/09/1974.

Ley 24452, de concursos y quiebras, y sus modificatorias. B.O. 09/08/1995.

Ley 24013. Ley de empleo y sus modificatorias. B.O 17/12/1991.

Ley 25.589. Ley de reforma de la ley de quiebras. B.O 16/05/2002.

Ley de la Provincia de Buenos Aires 5708 y sus modificatorias, ley general de expropiaciones, B.O 28/11/1952.

Ley de la Provincia de Buenos Aires 14254, de expropiación de Alcoyana, B.O 29/04/201

Decreto 739/1992. Reglamentación de la Ley de Empleo. B.O 05/05/1992.

Decreto 267/2006. Reglamentación de la modalidad de liquidación del pago único de la indemnización por desempleo. B.O 13/03/2006.

LA TUTELA DE LA VIVIENDA CON ESPECIAL REFERENCIA AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL*

Carlos Enrique Ribera[†]

Resumen

El nuevo Código Civil y Comercial ha logrado afrontar la exigencia de actualización que la protección de vivienda hace tiempo reclamaba. La vivienda, en tanto derecho humano constitucional, debe no solamente ser respetada sino también protegida ante posibles transgresiones o violaciones. Por lo tanto, la incorporación de la protección de los derechos humanos al derecho privado es un paso fundamental que no podía continuar siendo postergado. Por consiguiente, el presente artículo se adentra en aquellas actualizaciones que la Ley 26.994 ha introducido a nuestro ordenamiento legal y que hasta el momento únicamente se veían reflejadas gracias a la labor jurisprudencial y doctrinaria.

Abstract

The new Civil and Commercial Code has managed to meet the demand of updating that housing protection has long claimed. Housing, as a constitutional human right, must not only be respected but also protected from possible transgressions or violations. Therefore, incorporating the protection of human rights into private law is a fundamental step that could not continue to be postponed. Consequently, this article analyzes the updates that Law 26.994 has introduced into our legal system and that until now were only reflected by the jurisprudential and doctrinal work.

* El presente trabajo ha sido preparado en base a una publicación de mi autoría, “La protección de la vivienda familiar y la insolvencia”, en Derecho Económico Empresarial Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría, coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2012).

[†] Es abogado por la Universidad de Belgrano (1978). Es doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (2010). Desde el año 2005, se desempeña como Juez de la Sala I de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de San Isidro, provincia de Buenos Aires. Actualmente, es profesor de la materia *Concursos y Quiebras*, dictada en la Universidad de San Andrés. Ha sido profesor de diversos cursos ante la Universidad de Buenos Aires, la Universidad de Belgrano, la Universidad Notarial Argentina, la Universidad Nacional de La Plata, la Universidad Católica Argentina, la Universidad del Museo Social Argentino, la Universidad de Morón, la Universidad Nacional de Entre Ríos, la Universidad Católica de Santiago del Estero y la Universidad Católica de Salta. Ha sido docente ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el Colegio de Abogados de San Isidro y el Consejo de Ciencias Económicas. Fue Integrante de la lista de jurados de la Comisión de Selección de Magistrados y Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, propuesto por el Colegio de Abogados de San Isidro. Se desempeña como asesor académico en Derecho Privado en el Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires desde el año 2006. Entre sus diversas publicaciones, se destacan sus aportes al derecho concursal argentino.

I. LA “VIVIENDA”

A. Introducción

Mediante la sanción del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) se salda una deuda que tenía nuestra legislación respecto al tema de la protección de la vivienda.

La falta de actualización del régimen del “bien de familia” previsto en la Ley 14.394 (LBF) fue siendo superada por la labor de la jurisprudencia y ha sido fundamental para mantener actualizada la vigencia del instituto conforme a las transformaciones sociales y que en nuestra legislación ha experimentado la familia en las últimas décadas. Así, algunos fallos dictados en procesos concursales han significado un notorio avance en la materia, que se ven reflejados en el texto del nuevo Código, reforzando la protección del hogar familiar.

Los cambios de nuestra sociedad desde que se sancionó la referida Ley¹, exigían una actualización que afortunadamente la reciente Ley 26.994 enfrenta con claridad, receptando la doctrina más actualizada sobre el instituto en cuestión.

En esta materia, se pone de manifiesto una vez más, la incorporación en el nuevo texto legal de la constitucionalización y convencionalización del derecho privado. La vivienda es un derecho humano reconocido no solo por la Constitución Nacional, sino también por diversos tratados y convenciones internacionales y constituciones provinciales (cfr. arts. 14 bis, 75, inciso 22, Constitución Nacional).²

¹ Con el dictado de la Ley 26.618 de Matrimonio entre personas del mismo sexo, el concepto de familia se ha renovado y ampliado su análisis.

² Constitución Nacional: art. 37, reformado en el año 1949, art. 14 bis y art. 75 inc. 22 de según reforma de 1957. Desde la reforma de 1994 diversos convenios internacionales relativos a la protección a la vivienda adquirieron rango constitucional (art. 75 inc. 22; Declaración Universal de los derechos del Hombre, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de los Derechos del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La protección e la vivienda es compartida por diversas constituciones provinciales (Buenos Aires, Córdoba, Formosa, La Rioja, Chubut, Río Negro, entre otras). También las Constituciones provinciales hacen referencia a la protección de la vivienda (Buenos Aires, art. 36, inc. 7; Córdoba, art. 58; Formosa, art. 68, inc. 3, La Rioja, art. 34; Chubut, art. 25; Río Negro, art. 31; entre otras).

B. Cambio de denominación del instituto

El art. 3° de la Ley 26.994 dispone la derogación de la Ley 14.394 y conforme los fundamentos que acompañaron al nuevo Código se dice que es sustituido por el nuevo instituto de la “vivienda” (art. 244 y ss. CCyC).¹

Durante el régimen anterior la denominación de “bien de familia” tenía su justificación porque su único fin era proteger el hogar familiar que tiene amparo constitucional, propendiendo al mantenimiento de la familia bajo un mismo techo.² Se entendía por familia a los fines de la LBF la compuesta por el propietario, su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos. En su defecto podrá designarse los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad que convivieran con el constituyente (art. 36 LBF).

En la actualidad se amplía el concepto de familia pues antes mencionaba al cónyuge (art. 36 LBF) y ahora incluye al conviviente.

Pero la nueva legislación tiene un criterio aún más amplio. Hoy el instituto ampara también al titular de dominio sin familia o sea a quien vive solo (art. 246 CCyC), lo cual es un significativo avance ya que no hay motivos diferenciarlo en la protección de la vivienda.

Coincidentemente dispone que todos los condóminos pueden afectar el inmueble al régimen de vivienda aunque no sean parientes ni cónyuges, lo cual difiere con el régimen derogado en que exigía entre ellos relación de parentesco (art. 43 LBF).

Cabe mencionar como novedad que a pedido de parte interesada en los casos que haya beneficiarios con capacidad restringida, se podrá ordenar judicialmente la afectación de la vivienda en los procesos de divorcio o que se deciden cuestiones relativas a la convivencia (art. 245 CCyC), tema que no era tratado en la legislación anterior. Durante

¹ La SCBA ha decidido que “Las nuevas disposiciones legales tuitivas de los inmuebles destinados a vivienda exigen los mismos recaudos y procedimientos de afectación que los contenidos en la derogada ley 14.394 (conf. art. 7, Cód. Civ. y Com.). Esto es, la previa y expresa solicitud por parte de sus titulares para que el beneficio pueda ser oponible a los acreedores y así impedirse las ejecuciones judiciales sobre tales bienes por deudas posteriores a dicha inscripción (arts. 244 y ss., Cód. Civ. y Com.). De lo contrario, salvo que se disponga otra cosa en el referido código o en leyes especiales, todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores (art. 242, Cód. Civ. y Com.) (SCBA, “Serial, Sandra c. Luján, Tomasa s/ Cobro ejecutivo”, C 119896 S 14/12/2016).

² Elías P. Guastavino, *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia* (Santa Fe: Ed. Rubinzal y Culzoni, 1998), 154.; Cifuentes, Santos, “El bien de familia. Fundamentos y naturaleza jurídica”, *La Ley* (2004): 108 (LL 108, 1050); Leopoldo Peralta Mariscal, *Régimen del bien de familia* (Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005), 12 y ss.

la vigencia del régimen anterior se había propuesto que aún contra la voluntad del titular registral, el cónyuge podía afectar como bien de familia el inmueble ganancial de titularidad del otro cuando existan hijos menores de edad.³

Se pueden afectar tanto inmuebles urbanos como rurales. Es lógico que el instituto abarque ambos casos ya que no existen motivos para hacer diferencias si en definitiva se trata de la vivienda. Sin perjuicio de ello cabe aclarar que en el primer caso no se hace referencia a que el bien que se afecte debe tener un valor máximo⁴, mientras que en el segundo se establece que no debe superar el “de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales” (art. 256 CCyC).

La “vivienda” tratada en el art. 244 y siguientes, se diferencia de la “vivienda familiar” de los arts. 456 y 522 del CCyC, tal como se analizará en este trabajo.

C. Afectación parcial

Otro cambio importante es que el art. 244 del CCyC establece que podrá afectarse “un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor”, lo cual antes no estaba contemplado.

Así, el nuevo sistema permite cumplir por un lado con la protección constitucional de la vivienda y por otro, por la porción no afectada, con la función económica del bien, por ejemplo posibilitando que el titular lo ofrezca en garantía de obligaciones.

Según el art. 3 de la Disposición Técnico-Registral n° 4/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble establece que cuando se afectare la vivienda “solo por una parte de él (art. 244 del CCyC.), se expresará la porción en términos fraccionarios”.

³ Alejandro Borda, “Sugerencias de reformas al régimen del bien de familia”, La Ley E (1987): 842 (LL 1987-E, 842)

⁴ En el ámbito nacional el primer decreto reglamentario establecía un valor, pero luego el Dec. 2080/80 lo dejó sin efecto. Hasta la derogación de la LBF no existía límite alguno para afectar un inmueble como vivienda familiar. Alberti, Edgardo M., “El valor del inmueble como requisito del bien de familia (a propósito de un conflicto concursal)”. La Ley B (2004): 798, 1 (LL 2004-B, 798). A modo ilustrativo cabe recordar que la CSJN había dicho que correspondía revocar la sentencia por la cual se había rechazado la desafectación como bien de familia del inmueble habilitado por la cónyuge supérstite, si tratándose de un inmueble de 350 m2 ubicado en una zona importante de Buenos Aires, excedía los fines previstos por la legislación en la materia, lo cual agregó ponía de manifiesto un ejercicio antifuncional del derecho, en autos “Magnasco de Bicchi, María Cristina y otro c/ Lavagnino Tschirch de Magnasco, Angélica”, 1/9/1987, fallos: 310:1705. También la CACC San Isidro, Sala II decidió un caso en el cual el fallido era titular de un inmueble constituido como bien de familia y de la mitad de otro. El proceso finalizó por avenimiento habiendo prestado conformidad los acreedores y el síndico para la enajenación en forma privada por el fallido del bien de familia, quien desafectó voluntariamente el bien con la conformidad de su cónyuge. Con su producido se desinteresó a todos los acreedores (CACC, San Isidro, sala II, “Corral, Osvaldo s/ quiebra”, 19/5/2009, causa 107.532, reg. n° 187).

D. d. Beneficiarios

El art. 246 del CCyC prevé los beneficiarios de la afectación al propio constituyente, los ascendientes, descendientes, cónyuge y conviviente, ello independientemente del grado de parentesco y aun cuando no convivan con él. Se ha explicado que podrán designarse como beneficiario al nieto, al conviviente y no al hijo, quedando librado a la voluntad del propietario.⁵

También podrán ser beneficiarios los parientes colaterales dentro del tercer grado. Ahora bien, la mencionada disposición refiere “en defecto” de los anteriormente mencionados. Es decir que en el caso que el constituyente no tenga cónyuge, conviviente, ascendientes ni descendientes y tienen que convivir con el propietario.

Una de las innovaciones significativas, es que puede designarse como único beneficiario al propietario. Antes, cuando quedaba un solo sobreviviente de la familia, se planteaba la duda si correspondía la desafectación del bien de familia (cfr. art. 49 inciso d) LBF).

Parte de los tribunales interpretaban que al quedar un solo sobreviviente, ya no podía sostenerse que seguía habiendo familia, por lo que correspondía la desafectación⁶, solución que no compartíamos desde el momento que el amparo de la vivienda de la persona debía mantenerse cuando quedaba sólo uno de los integrantes de la familia, ya que es cuando seguramente más necesitaba el derecho a ser protegido. En esta corriente de opinión se sostenía que conforme al texto de la LBF la desafectación ocurría solo en el caso que fallecieran todos los integrantes de la familia, por ello mantenían el régimen de protección en tanto sobreviviera un beneficiario, aunque ya no había familia.⁷

⁵ Julio César Rivera y Graciela Medina. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2015), 321.

⁶ CNCiv., Sala B, “Brienza, Alberto D.”, 12/4/1977, LL, 1977-C-25; CNCiv., Sala E, “González Pietro, Andrés, suc.”, 23/10/1978, ED, 81-749; CNCiv., Sala C, “Vario de Di Luca, Ciacomina y otros”, 27/7/1978, ED, 81-364; CNCiv., Sala G, “Ministerio de Justicia de la Nación (Registro de la Propiedad Inmueble)”, 1º/10/1981, ED, 96-639; CNCiv., Sala G, “Calibrese, Gustavo c. Molina Porta, Audelina s/ cobro de valor locativo”, 4/4/1994, ED 159-301; Pigretti, Natalia, “Régimen del bien de familia -generalidades- principal implicancia sobre las deudas impositivas”, *El Dial* DC8C.

⁷ Carlos A. R. Lagomarsino, “Desafectación del bien de familia en caso de supervivencia de un solo beneficiario”, *La Ley* D (1986): 357 (LL 1986-D , 357); Iturbide, Gabriela A., “Protección jurídica de la vivienda: subsistencia del bien de familia ante la desaparición del núcleo familiar”, *El Dial* DC (marzo 2006): 848; CNCiv., Sala C, “Savino Norberto E. c. Muello, Inés E.”, 8/8/1986, en JA 1986-IV-628; CNCiv., sala C, “Fernández, Maximino y otra suc.”, 31/3/1986, en LL, 1986-D-362; CNCiv., Sala J, “Mateu de Nogues, Claudia c. Pulian de Simetana”, 28/8/97, en LL, 1998-C-176; SCBA, “Calvo, José Norberto y Arrechea de Calvo, Toribia s/ Sucesión ab intestato y testamentaria”, AyS 1987-I-9, en DJBA 1987-133, 106; SCBA, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Dávila, Ceferino Elmar s/ Ejecución”,

e. Destino del saldo remanente habiendo acreedores posteriores a la afectación

Durante la vigencia del régimen de la LBF, liquidado el bien de familia a pedido de acreedores anteriores, se planteaba el interrogante si los posteriores a la afectación tenían derecho a cobrar sobre el producido. Ello dio lugar a diferentes interpretaciones pues para algunos no tenían derecho mientras que para otros sí podían cobrar sus créditos.

El art. 249 del Proyecto pone fin a la discusión pues de manera clara establece que “Si el inmueble se subasta y queda remanente, se entrega al propietario del inmueble”, es decir que sólo cobran los anteriores, y los posteriores a la afectación no tienen derecho a cobrar sus créditos, ya que el saldo se entrega al propietario.

La solución que sigue a nuestro criterio la jurisprudencia correcta⁸, se ajusta a la protección constitucional de la vivienda y además no perjudica los derechos de los acreedores posteriores a la afectación porque para éstos la situación no cambia, pues les era oponible la primera inscripción.

f. La habitación efectiva de la vivienda

La LBF exigía que el propietario y los beneficiarios debían habitar en el inmueble o cumplir en el mismo una explotación personal o la industria en él existente (art. 41). En el supuesto de incumplimiento podrá ser causal de desafectación⁹. Pese a ello, en algunos casos se había resuelto en sentido contrario conforme a las particularidades del caso.¹⁰ Así a modo de antecedentes, cabe recordar un caso en el que el titular del bien de familia había dado en comodato su vivienda a un pariente, el tribunal no hizo lugar a la desafectación requerida por los acreedores porque dijo que “la locación transitoria de un inmueble sujeto al régimen de inembargabilidad establecido en la legislación citada no

en AC 66663 S 23-12-2002, DJBA 165, 29, JUBA.

⁸ CACC, San Isidro, sala I, “Kipperband”, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires”, 3/2/1997, causa 69.093, reg. int. 1/97, en LL Bs. As. 1997-527; J.A. 1997-III-78, respecto al cual volveremos más adelante.

⁹ CNCiv., sala F, “Botazzi, Adolfo M. A. c. S., C. A. y otro”, 16/8/2005, en LLOnline AR/JUR/3053/2005; CNCiv., sala G, “Martino, Cándido”, 8/10/1987, en La Ley 1988-A, 381 - DJ 1988-2, 381.

¹⁰ Tratándose de locación parcial y no total del inmueble afectado a bien de familia, se dijo que el supuesto debe entenderse aprehendido por el art. 41 de la LBF, por cuanto quien lo constituyera habita en el mismo y trata de lograr una renta alquilando parte del inmueble, lo que no contradice el espíritu de la institución (CACC, Mar del Plata, sala I, “Otero Carmen Raquel c. Teves, Roberto Oscar s/ Incidente desafectación bien de familia”, 12/9/2000, 113248 RSD-314-00 S, JUBA); CACC y Gtías. en lo Penal de Necochea, “Gómez, Horacio R. c. Corapi, Francisco”, 29/3/2001, en LL Bs. As. 2001, 980. También se resuelto que debe considerarse cumplido el requisito de “explotación del inmueble” exigido por el art. 41 de la LBF para su afectación como bien de familia, si la renta obtenida por el alquiler del bien -rentado en su totalidad- asegura los alimentos de un menor tras el divorcio de los progenitores (CNCom., sala E, “Lancuer S.A. c. L., A. H.”, 7/12/1999, en LLOnline AR/JUR/5124/1999).

hace cesar la protección si aquella fue concertada por el titular dominial mediando causa justificada en la necesidad de obtener recursos para su subsistencia”.¹¹

El art. 247 CCyC establece que “Si la afectación es peticionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble.”...“En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble.”

Por ello ya no es necesario que todos los beneficiarios convivan en la vivienda, pues es suficiente que uno lo haga. Sin perjuicio de ello debe tenerse en cuenta que si se designa como beneficiarios a los parientes colaterales es necesario que convivan con el constituyente para que la protección sea efectiva respecto a todos, incluido el constituyente.¹²

g. La subrogación real

El art. 248 del CCyC establece que “la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.”

En cuanto a los antecedentes de esta disposición encuentra su fuente en la solución que había dado calificada doctrina al conflicto que se presentaba cuando había acreedores anteriores y posteriores a la afectación del “bien de familia”. Una de las soluciones había sido que una vez desinteresados los acreedores anteriores a la inscripción, el saldo debía ser utilizado en la adquisición de otro bien destinado a la vivienda del fallido, procediéndose a oficiar al Registro de la Propiedad Inmueble para que proceda a inscribir el nuevo bien de familia como tal con fecha anterior a su adquisición.¹³

Así, posibilitaba que el inmueble adquirido fuera inscripto como bien de familia con los mismos efectos que el anterior.¹⁴

¹¹ CACC, Rosario, sala I, “Arangue, Oscar s/ quiebra”, 6/9/1996, en LLLitoral 1997, 283, con nota de Aída Kemelmajer de Carlucci. También se desestimó la desafectación en un caso en el que el titular era una persona de edad avanzada y por motivos de salud debía ausentarse transitoriamente con motivo de internaciones, careciendo de ingresos (CNCom., sala A, “Reidel, Moises y Farkas de Reidel, Herta”, 16/9/2010, en LL 2010-F, 487, AR/JUR/64816/2010).

¹² Ricardo L. Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2014)

¹³ Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos Parellada y Graciela Medina, “El bien de familia y la quiebra”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro.100 (1984): 127; Guastavino, Elías P. 1997. “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva? Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley”. *Jurisprudencia Argentina*, vol. III (1997): 90; Di Lella, Pedro. 2003. “Bien de familia y quiebra”. *Suplemento de Conc. y Quiebras. La Ley D* (2003): 713, (LL 2003-D, 713); Hequera, Elena B. “Bien de familia y quiebra”, *Jurisprudencia Argentina* vol. II (1999): 736.

¹⁴ El tema relativo al valor del inmueble afectado como bien de familia fue analizado por Alberti, Edgardo

Esta solución fue aplicada por la Cámara de Apelación de San Isidro en autos “Kipperband”, considerando que si bien la LBF no preveía la figura de la sustitución del bien de familia y que constituía un verdadero vacío legislativo. Posteriormente analizó el marco constitucional del tema y sostuvo que “en el caso de quiebra se forma una masa separada constituida por el bien de familia a la que concurren en la etapa liquidatoria sólo los acreedores con derecho a ejecutar ese bien”. Y agregó que “existiendo un proceso de quiebra, se debe permitir al constituyente del bien de familia sustituir el bien donde reside la vivienda familiar para poder pagar a los acreedores a quienes la constitución les es inoponible, con el objeto de mantener el régimen jurídico del bien de familia que distingue un doble orden de acreedores: aquellos a los cuales la constitución del bien de familia les resulta oponible y otros para quienes es irrelevante”. La sustitución –sostuvo el fallo– “no perjudica los derechos de los acreedores, pues para ellos la situación no varía, a quienes les era oponible el primer bien de familia les será oponible el segundo”. Así dispuso que debía formarse una masa separada constituida por el bien de familia a la que debían concurrir en la etapa liquidatoria sólo los acreedores con derecho a ejecutar ese bien, por lo cual permitió sustituir el bien donde residía el fallido con su familia para poder pagar a los acreedores a quienes la constitución les era inoponible. De tal manera sostuvo el Tribunal que se lograba mantener el régimen jurídico del bien de familia que distingue un doble orden de acreedores: aquellos a los cuales la constitución del bien de familia les resulta oponible y otros para quienes es irrelevante.¹⁵

M., “El valor del inmueble como requisito del bien de familia (a propósito de un conflicto concursal)”. La Ley B (2004): 798. La CSJN revocó la sentencia por la cual se había rechazado la desafectación como bien de familia del inmueble habilitado por la cónyuge supérstite, si tratándose de un inmueble de 350 m² ubicado en una zona importante de Buenos Aires, excedía los fines previstos por la legislación en la materia, lo cual agregó ponía de manifiesto un ejercicio antifuncional del derecho, en autos “Magnasco de Bicchi, María Cristina y otro c/ Lavagnino Tschirch de Magnasco, Angélica”, 1/9/1987.

Un caso interesante es el que resolvió la CACC San Isidro, Sala II, en el cual el fallido era titular de un inmueble constituido como bien de familia y de la mitad de otro. El proceso finalizó por avenimiento habiendo prestado conformidad los acreedores y el síndico para la enajenación en forma privada por el fallido del bien de familia, quien desafectó voluntariamente el bien con la conformidad de su cónyuge. Con su producido se desinteresó a todos los acreedores (CACC, San Isidro, sala II, “Corral, Osvaldo s/ quiebra”, 19/5/2009, causa 107.532, reg. n° 187).

En el ámbito nacional el primer decreto reglamentario establecía un valor, pero luego el Dec. 2080/80 lo dejó sin efecto. En la actualidad no existe límite alguno para afectar un inmueble como vivienda familiar. Maffía ha dicho que al no fijarse un límite en cuanto al valor del inmueble inscripto como bien de familia podía darse el supuesto en que éste sea superior al pasivo mismo, además de confundir al acreedor de buena fe que contrata teniendo en miras la magnitud de la vivienda del deudor. Maffía, *Derecho...*, T. II, p. 522.

¹⁵ CACC, San Isidro, sala I, “Kipperband”, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires”, 3/2/1997, causa 69.093, reg. int. 1/97, fallo citado.

Por su parte la Suprema Corte bonaerense resolvió, aplicando la misma solución y utilizó el fundamento de la doctrina del abuso de derecho. En el caso se desafectó un inmueble inscripto como bien de familia por considerar que excedía las necesidades de sustento y vivienda de la familia, pues la casa tenía una superficie de 500 mts.² cubiertos, otra vivienda anexa completa y quincho separado y su valor superaba 1.000.000 \$, equivalente en su momento al mismo valor en dólares. Teniendo en cuenta tales antecedentes dispuso que luego de producida la realización del bien deberá destinarse de los fondos obtenido el 20% con el objeto de permitir a la fallida adquirir de un nuevo inmueble, otorgando un plazo para desocupar y formalizar los trámites necesarios a efectos de presentar el nuevo inmueble, al cual deberá trasladarse la inscripción como bien de familia. Asimismo se dispuso que el excedente debía ser integrado a la quiebra e incorporado al proyecto de distribución para después ser destinado al pago de los dividendos concursales.¹⁶

El mismo criterio fue el seguido por la jurisprudencia rionegrina en un caso en el cual el inmueble también excedía las necesidades de sustento y vivienda del núcleo familiar, habiendo resuelto que debía reservarse de su precio una parte para la adquisición de otra vivienda ajustada a las nuevas necesidades familiares, respecto de la cual se trasladará la inscripción como bien de familia, debiendo el excedente integrarse al activo de la quiebra.¹⁷

Tales antecedentes han sido tenidos en cuenta y el nuevo texto legal permite mantener la inscripción al adquirir una nueva vivienda e incluso a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, como pueden ser la indemnización por seguro o expropiación.¹⁸

La subrogación de la vivienda es una novedad legislativa, aunque reconocida por la jurisprudencia, que sin dudas refuerza el instituto y lo hace avanzar, ya que no obliga al constituyente conservar el mismo bien si no podrá disponer del mismo conforme sus

¹⁶ SCBA, “Cuenca, Daniela B. P. s/ quiebra”, 14/4/2004, Suplemento Concursos y Quiebras 2004 (noviembre), p. 70.

En el marco de ejecuciones individuales, se admitió la desafectación de la inscripción por exceder las necesidades de la familia: La CACC, San Isidro, Sala I en autos “Campos, Martha c. Vega, Raúl Antonio y otra s/ incidente de inoponibilidad de bien de familia”, 7/8/2006, reg. n° 351; CNCom., Sala E, “Caldo Adriana Beatriz s/ quiebra (inc. de incorporacion de bienes)”, 15/3/2011, en eDial.com - AA6B80.

¹⁷ CACC y Min. Gral. Roca, “Satollo, Evelina B. c. Martínez, Reynaldo”, 2/3/2006, en LLPatagonia 2006, 625.

¹⁸ Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 26.997.

necesidades. Por otro lado los acreedores posteriores a la inscripción de la vivienda no son perjudicados por la subrogación porque mantienen el mismo derecho.

Además, esta disposición se relaciona con lo dispuesto en el art. 249 del CCyC en cuanto establece que los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que lo sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

h. Efectos de la inscripción

No hay dudas que la afectación de la vivienda no es oponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación, pero la coexistencia de acreedores anteriores y posteriores planteó múltiples interpretaciones y soluciones jurisprudenciales.¹⁹

Recordemos brevemente que para una corriente jurisprudencial la ejecución de los acreedores anteriores beneficiaba también a los posteriores a la inscripción²⁰, para otros del producido del bien sólo concurrían los acreedores con derecho a ejecutar dicho bien,

¹⁹ Areán divide las opiniones en cinco teorías: teoría de la incorporación del bien de familia al activo del concurso, 2) teoría de la exclusión absoluta del bien de familia del concurso, 3) teoría de la subsistencia de las acciones individuales de los acreedores anteriores, 4) teoría de la formación de un concurso especial, y 5) teoría de la formación de una masa separada. Ver Areán, Beatriz, *Bien de familia*. (Buenos Aires: Hamurabbi, 2001), 367 y ss.

²⁰ CNCom., sala D, “Acón, Felicitó El Palacio del Sueño”, 5/3/1979, en LL 1979-B-359; CNCom., Sala A, “Consortio de Propietarios Fomosa 56 c. Jergis, Samuel J.”, 23/8/2002, en LL 2003-B, 722; CNCom., sala E, “Jarak, Vidoje S/ Quiebra S/ Accion De Revocatoria Concursal (Ordinario)”, 28/2/2000, en elDial.com-AG317, CNCom., Sala A, “Rosito, Roberto O. s/quiebra”, 24/8/2004, en Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, dir. Héctor Alegría del 12/10/05; CNCom., Sala E, Jarak, “Vidoje s/ quiebra s/ acción de revocatoria concursal (ordinario)”, 28/2/2000, ED 21/11/2000, Fº 50440; CACC, Junín, “Casadidio Jorge s/ Quiebra”, 4/5/2000, 34633 RSD-114-41 S; CACC, San Martín, Sala I, “Burlato, Jorge s/ quiebra s/ Incidente de realización de bien de familia”, 7/8/2003, 53611 RSD-351-3 S; CACC, San Isidro, “Giuliano, Carlos M. s/ quiebra”, 8/5/1990, reg. n° 206; CNCom., Sala B., “Arroyo, Norma Haydee s/ quiebra s/ incidente de subasta (de bienes inmuebles -P. de Melo 2578/80-), 21/5/2009, en elDial.com - AGA88; CNCom., sala A, “Establecimiento Betedebe c. Tuculet Dumas de Barillatti, Blanca H. y otros”, en JA 1987-IV-127. La misma sala sostuvo que habiendo un acreedor cuyo crédito es anterior a la constitución del bien de familia, dicha afectación le resultaba inoponible y por ende se encontraba habilitado a ejecutar el inmueble para satisfacer su crédito. Por ello una vez subastado el bien, el remanente no gozaba del beneficio que otorgaba la LBF (“Perini Eduardo Orlando s/ quiebra”, 12/6/2007, en elDial.com - AA4001). Este fallo fue revocado por la CSJN, sentencia citada del 19/5/2009, DJ 02/10/2009; CNCom., sala D, “Silva Vergés P. s/concurso”, 19/2/1999, en LL, p. 6/7 del 16/5/2000; CNCom., sala D., “Horigian, Alberto G. s/quiebra s/incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble”, 12/3/2001, ED del 22/8/2001., n° 10.321, p. 5/7, comentado por Darío Graziabile, “Bien de Familia y Quiebra. Una saludable doctrina judicial para una laguna legal”, *Doctrina Judicial* 3 (2001): 587; Carlos E Moro, “Quiebra y Bien de familia.” *El Derecho*, 162 (2005): 983; Luis Francisco Bouzart, “El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso civil y la quiebra”. Rev. Jus. La. Plata, nro.9 (1967): 5 y ss.; Leopoldo Peralta Mariscal, *Régimen del bien de familia* (Buenos Aires: Ed. Rubinzal Culzoni, 2005), 83; Roberto J. Porcel, “El Bien de familia y la quiebra: alcance del régimen de amparo en el procedimiento concursal”, *La Ley* B (1989): 198, p. 734 (LL 1989-B , 734); Beatriz Areán, *Bien de familia* (Buenos Aires: Hammurabi, 2001), 382/3.

no beneficiándose los acreedores posteriores²¹ y por último lo que reconocían la subrogación real que no reconocía derecho a los acreedores posteriores pues permitía destinar el remanente para la compra de otra vivienda trasladando la afectación al nuevo bien, tema al cual hicimos referencia anteriormente.

El art. 249 mantiene el efecto principal de la afectación que es la inoponibilidad a los acreedores de causa anterior a esa afectación y agrega que la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, ni siquiera “sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva”.

Si bien en este tema no se innova, sí introduce importantes cambios al establecer que no es oponible a las obligaciones por expensas comunes y alimentos, tema sobre el cual volveremos.

Conforme a lo expuesto los acreedores posteriores a la constitución de la vivienda no pueden ejecutar el bien inmueble ni aún en caso de quiebra de su deudor.²²

²¹ Aída Kemelmajer de Carlucci, Carlos Parellada y Graciela Medina. “El bien de familia y quiebra”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 100: 194-467; Julio César Rivera, Gustavo Giatti y Juan Ignacio Alonso. “Bien de familia y quiebra”. *Rev. Derecho de Familia*. Lexis Nexis, nro. 32, (2005): 115; 121; Marcelo J. Villoldo, “Diversos enfoques ante la quiebra del constituyente de un bien de familia, en La tutela de los acreedores en los procesos concursales”. *En La Tutela de los Acreedores en los procesos concursales* (Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2006), 283 y 287; Elena B. Hequera, “Bien de familia y quiebra”, *Jurisprudencia Argentina* vol. II (1999): 736; Claudia Raiseberg, “Bien de Familia y pasivo falencial compuesto por acreedores anteriores y posteriores a su inscripción. Un dictamen novedoso”. *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación*, 198 (2002): 399; 403; Javier Rosenbrock Lambois, “El bien de familia y la quiebra”, *Doctrina Judicial*, vol. 2009-42 (2009): 2945; 2949.; Néstor E. Solari, Desafectación del bien de familia en un caso de quiebra. *Doctrina Judicial*, vol. 3 (2009): 2819 a 2823; 2819.

No podemos dejar de mencionar que alguna teoría aislada había propuesto que habiendo acreedores anteriores a la inscripción del bien quedaba fuera de la masa y por lo tanto no podía ser desafectado (Sebastián Miguel Florit y Julio Mario Rossi, *Comentario teórico práctico de la ley de concursos*, t. II, Quiebra y sus efectos (Buenos Aires: Ediar, 1987), 256). Esta posición en absoluta minoría contradecía el texto de la LFB. CNCom., Sala A, “Rosito, Roberto O. s/quiebra”, 24/8/2004, en LL 2005-A, 139; CNCiv., sala E, “C. W., F. A. c. S., A. M., s/I. F.”, 28/5/2007, en elDial.com - AA3E60. Este último tribunal dijo que compartía el criterio respecto a que subastado el inmueble, si bien desaparece la protección del citado régimen, sólo pueden cobrarse de su producido aquellos acreedores respecto de los cuales era inoponible la mencionada inscripción.

²² Un caso interesante fue el resuelto por el TSJ de Córdoba el cual tuvo que analizar el pedido de la desafectación de la vivienda inscrita como bien de familia solicitada por un acreedor laboral posterior a la anotación, enfrentándose el derecho alimentario del acreedor y el derecho a la vivienda del deudor. Para ello tuvo en cuenta que el embargo se había solicitado para asegurar el pago de horas extras que al momento de constituir la protección no se trataba de un crédito cierto, sino litigioso. Por lo cual dijo el Tribunal que no había una obligación expresamente asumida por el demandado ni tampoco un reclamo fehaciente. Asimismo, se mencionó que había una evidente desproporción entre el derecho a asegurar y la medida adoptada, pues la mayor parte del crédito ya estaba garantizada con otros bienes. Y concluyó que “frente al derecho del trabajador a percibir su acreencia, de carácter alimentaria, se erige el derecho constitucional del demandado a tener acceso a la vivienda digna y la protección del bien de familia (art. 14 bis, CN)”. Por

La jurisprudencia ha delineado algunas pautas respecto a cuando un crédito puede ser anterior o posterior a la afectación como vivienda. Así, se ha interpretado que:

- En el caso del deber de indemnización derivado de hechos ilícitos se considerará origen de la obligación la fecha en que ocurrió el evento dañoso.
- En el contrato de fianza se considera como fecha de concreción del hecho generador de la obligación la de la carta de garantía por la que se constituyó en codeudor solidario, resultando irrelevante que la deuda del garantizado haya nacido con anterioridad.
- Si se trata de obligaciones contractuales, el origen cronológico del crédito surgirá de la fecha de celebración del contrato.²³ La Corte Federal ha dicho que tratándose de obligaciones contractuales, el origen cronológico del crédito surgirá de la fecha de celebración del contrato.²⁴

Empero en aquellos casos que el deudor actúe fraudulentamente la jurisprudencia admitió la inoponibilidad del bien de familia respecto de un crédito surgido con posterioridad. La inscripción del inmueble se había realizado premeditadamente sabiendo

ello se decidió por la protección de la vivienda familiar (TSJ, Córdoba, sala Laboral, "Bazan Néstor E. c/ Ramón Ernesto Suarez y otro - Demanda - Recursos de Casación e Inconstitucionalidad", 15/5/2007, en elDial.com - AA3FC5).

Si bien es una obviedad que el fallido debe ser el titular del inmueble sometido al régimen, en algún caso se planteó que el deudor era simplemente el beneficiario de la anotación del inmueble como bien de familia, por lo cual se dijo que era lógico que éste tenía derecho de habitarlo, y que por lo tanto carecía de todo valor económico, encontrándose el bien al margen del desapoderamiento (art. 112, inc. 1º, LCQ) (CACC, La Plata, sala III, "Alegre de Sotés, Delia y otros s/Quiebra s/ Incidente de acción revocatoria concursal y cobro de pesos", 19/12/1989, B 65735 RSD-268-89 S -, en elDial.com - W362A.)

²³ La Corte Nacional dejó sin efecto un pronunciamiento de la Cámara Comercial en el cual se había confirmado la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, había dispuesto la desafectación del inmueble de propiedad del fallido, del régimen de bien de familia. Para ello la Alzada había dicho que si bien a la fecha en la que el Banco de la Nación Argentina había otorgado el préstamo a favor del fallido, el inmueble se encontraba afectado como bien de familia, dicha protección fue levantada para constituir una garantía real a favor del Banco Hipotecario S.A., y luego, nuevamente, fue inscrita. Ante ello la Cámara resolvió que el inmueble debía responder frente a toda la masa de los acreedores (CSJN, "Perini, Eduardo Orlando s/quiebra", 19/5/2009, en DJ 2/10/2009, 2820, con nota de Néstor E. Solari, en LLOnline: AR/JUR/10701/2009). Respecto a los efectos de la hipoteca y el bien de familia consultar: Medina, Graciela, "Hipoteca. Bien de familia y viviendas protegidas por inembargabilidad establecida por ley 22.232". La Ley Suplemento de Concursos y Quiebra, Año 2, nro.11 (diciembre 2010).

²⁴ La CSJN dejó sin efecto un pronunciamiento de la Cámara Comercial en el cual se había confirmado la sentencia de la instancia anterior y, en consecuencia, había dispuesto la desafectación del inmueble de propiedad del fallido, del régimen de bien de familia. Para ello la Alzada había dicho que, si bien a la fecha en la que el Banco de la Nación Argentina había otorgado el préstamo a favor del fallido, el inmueble se encontraba afectado como bien de familia, dicha protección fue levantada para constituir una garantía real a favor del Banco Hipotecario S.A., y luego, nuevamente, fue inscrita. Ante ello la Cámara resolvió que el inmueble debía responder frente a toda la masa de los acreedores (CSJN, "Perini, Eduardo Orlando s/quiebra", 19/5/2009, en DJ 2/10/2009, 2820, con nota de Néstor E. Solari, en LLOnline: AR/JUR/10701/2009).

de antemano el ilícito doloso que se iba a cometer. Entonces se consideró que en ese caso no podía reconocerse efecto jurídico a la afectación respecto de ese acreedor. En otro caso se levantó un embargo que pesaba sobre un bien de familia porque en sede penal se descubrió que el ejecutante había perpetrado una maniobra fraudulenta al antedatar el pagaré ejecutado con el fin de tornar inoponible el régimen de inembargabilidad por bien de familia que en afectaba al inmueble.²⁵

Cabe agregar otra modificación importante en cuanto a la afectación. Antes la constitución del “bien de familia” producía efectos a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario (art. 39 LBF), lo cual había planteado el interrogante acerca de si los efectos se producían desde la inscripción en el registro o a partir del otorgamiento del acto de afectación. La Corte de Suprema de Justicia de la Nación había interpretado que la presentación de la petición de inscripción al Registro Inmobiliario y no desde que se practicó el asiento sobre el folio real correspondiente.²⁶

En la actualidad se establece que la afectación se inscribe “según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario”. Es decir que la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones respecto a un mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de la presentación que se asigne a la documentación (arts. 19 y 40 de la Ley 17.801).

²⁵ CNCom., sala C, “Weinstabl, Edgardo Mario c. Pozner, Jorge Alfredo s/ ejecutivo“, 8/5/2009, en elDial.com - AGB2D.

²⁶ SCJN, “Rodríguez, Armando c. Carrizo, José A.”, 10/9/985, en LL 1986-A, 545, en LLOnline: AR/JUR/1617/1985.

La Fiscal Gral. de Cámara en autos “Pérez de López Silvia Rosa s/ Quiebra” (CNCom., sala E, “Pérez de López Silvia Rosa s/ Quiebra”, 20/2/2007, en elDial.com - AA3CFA), siguiendo el criterio de la SCJ, Entre Ríos, sala II en autos “Ojeda Graciela A. c/ Russo de Vaschchuk Rosa M. s/ inc. de desafectación de bien de familia” (en elDial - AA184D), dictaminó que los actos preparatorios para la afectación de un inmueble al régimen del bien de familia por acta administrativa en sede registral producen efectos a partir de la anotación que haga el registrador de la iniciación del trámite, aunque sea provisoria, en el folio real.” Por ello si la medida es anotada provisoriamente y luego se procede a la inscripción definitiva por haberse subsanado los defectos que existían inicialmente, esa inscripción definitiva tiene efectos retroactivos a la fecha de toma de razón provisoria. Tal como surge de fundamentos constitucionales mencionados, la protección de la vivienda familiar es de tal importancia que se ha propuesto que aún contra la voluntad del titular registral, el cónyuge puede afectar como bien de familia el inmueble ganancial cuando hay hijos menores (Alejandro Borda, “Sugerencias de reformas al bien de familia”, *La Ley* E (1987): 842 (LL 1987-E, 842). María Clementina Pugnaroni, “Cuestiones sobre publicidad y oponibilidad del bien de familia”. *Cuaderno Jurídico Familia, El Derecho* (diciembre 2010).

i. Créditos posteriores que no les es oponible la afectación

En el régimen derogado el “bien de familia” las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que gravaran directamente el inmueble, créditos por construcción o mejoras introducidas en el bien, no les era oponible la inscripción.

El art. 249 del CCyC reproduce tales excepciones y agrega a los créditos por expensas comunes y por alimentos.

1. Las expensas en la propiedad horizontal

Las expensas provenientes del régimen de propiedad horizontal son un gasto de conservación del inmueble y es inadmisibles que pueda prescindirse de las mismas.

Por ello necesariamente los copropietarios deben contribuir con las erogaciones en bien de la conservación, reparación o mejora del inmueble, en consecuencia, su inclusión dentro de las excepciones encuentra pleno justificativo.

Lo expuesto tiene su correlato con lo establecido en el art. 2582 inc. a) CCyC, al reconocer a estos créditos privilegio especial.

2. Las obligaciones alimentarias

Durante la vigencia del régimen del “Bien de familia” la jurisprudencia se encontraba dividida en cuanto a si era o no oponible al crédito por alimentos posterior a la afectación, pues en la legislación derogada no lo mencionaba como excepción

El art. 249 inc. f) del CCyC establece que la vivienda afectada no es oponible respecto a las “obligaciones por alimentos a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.”

Así adopta la solución correcta que venía siendo aplicada por la mayoría de la jurisprudencia²⁷, evitando que se utilice el régimen de la “Vivienda” en perjuicio de los integrantes más vulnerables de la familia cuyos derechos tienen protección constitucional.

²⁷ CNCiv, Sala E, "C. W., F. A. c. S., A. M., s/ I. F.", 28/5/2007, cit., en elDial.com - AA3E60-; CA2CC, La Plata, sala III, "A., G. B. c. S., C. A. s/ Alimentos-Incidente s/ pedido desafectación bien de familia", 9/2/1993, A 42446 RSD-8-93 S, en elDial.com - W64F2, y en JUBA; CA2CC, La Plata, sala III, "A., G. B. c. S., C. A. s/ Alimentos-Incidente s/ pedido desafectación bien de familia", 9/2/1993, citado, A 42446 RSD-8-93 S, en elDial.com - W64F2. Cadoche de Asvalinsky, Sara. *Derecho de familia* (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2001), 563; Guastavino, Elías P., “Bien de familia y alimentos debidos por su instituyente”. *El Derecho*, 113: 286; 291; Novellino, Norberto José. *Los alimentos y su cobro judicial*. (Rosario: Nova Tesis, 2000), 525.

j. La legitimación de los acreedores en el proceso concursal

El art. art. 249 *in fine* del CCyC dispone que “en el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo.”

No hay dudas que los acreedores de causa o título anterior a la inscripción del régimen les es inoponible y por lo tanto pueden solicitar la ejecución de la vivienda, incluso ante el juez de la quiebra. El problema se presentaba cuando los titulares de estos créditos no solicitaban la inoponibilidad. En otras palabras, si tales acreedores no solicitaban la ejecución de la vivienda, se planteaba si el síndico estaba legitimado para solicitarla en su reemplazo. Las soluciones de la jurisprudencia fueron contradictorias.²⁸

Pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso “Baumwohlspiner” decidió que el síndico de la quiebra del constituyente del bien de familia “carece de atribuciones para enervar los efectos de una renuncia o omisión en la que no se encuentra comprometido el orden público”.²⁹

Teniendo en cuenta tales antecedentes cabe compartir la solución del nuevo texto legal cuando dice que el síndico no tiene legitimación para solicitar la desafectación, pues recordemos que se trata de un bien excluido del desapoderamiento (art. 108, inc. 7, LCQ), porque la vivienda tiene protección constitucional y porque solicitar la ejecución del bien es facultativo del acreedor anterior a la inscripción siendo éste el sujeto que se beneficia con ella.³⁰

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de mencionar que tal vez en lugar utilizar una expresión tan amplia como “proceso concursal”, lo correcto habría sido referirse al proceso de quiebra, que es el único en el cual se liquida el patrimonio del deudor.

²⁸ El síndico tenía legitimación: CNCom., Sala D, “Horigian Alberto s/ quiebra s/ incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble”, 12/3/2001, en LL, 2001-E, 247 - DJ, 2001-3-588; CACC, Bahía Blanca, sala I, “Pretracci, Guillermo Primo y otra s/ Concurso preventivo (hoy quiebra). Incidente de declaración de ineficacia”, 9/8/1989, 82506 RSI-346-89 I, en elDial.com - W6907, y en JUBA. El síndico no tenía legitimación: CACC, Azul, “Piñel, Jorge L.”, 15/4/1992, DJ 1993-I-594.

²⁹ CSJN, “Baumwohlspiner de Pilevski, Nélica s/ quiebra”, 10/4/2007, en Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, p. 30; Aída Kemelmajer de Carlucci, “Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar”. En *Homenaje al Dr. Julio César Rivera “Protección Jurídica de la Persona”*, coord. Darío J. Graziabile, (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2010), 254. También niega legitimación al síndico: Leopoldo L. Peralta Mariscal, “Algunas cuestiones en torno a la difícil convivencia entre la quiebra y el bien de familia”. En *Homenaje al Dr. Julio César Rivera “Protección Jurídica de la Persona”*, coord. Darío J. Graziabile, (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2010).

³⁰ Aída Kemelmajer de Carlucci, “Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar”, 256.

k. Transmisión de la vivienda afectada

El régimen anterior de protección de la vivienda no hacía referencia a su transmisión.

Con el fin de brindar una adecuada protección a la familia el art. 250 del CCyC establece que el inmueble afectado:

1) no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación;

2) el constituyente no puede transmitir la vivienda ni gravarla sin la conformidad del cónyuge o del conviviente (unión convivencial inscripta). En caso de oposición, ausencia, es incapaz o tiene capacidad restringida, el acto debe ser autorizados judicialmente.

La solución permite cumplir con el fin del instituto de proteger la vivienda dentro del ámbito del interés familiar.

Por ello, si bien el constituyente mantiene el dominio y la administración del bien, para celebrar actos de disposición o que excedan la administración ordinaria como sería hipotecarlo, necesita el asentimiento del cónyuge o del conviviente si la unión estuviese inscripta, en su defecto deberá pedir la venia judicial.

Lo expuesto es aplicable tanto el caso que se trate de un bien de carácter propio o ganancial de quien lo afectó.

La disposición comentada solo hace referencia a la transmisión o gravamen de la propiedad, pero no a los frutos, por ello el titular puede disponer de ellos con plena libertad.³¹

En la LBF todo legado o mejora testamentaria estaban prohibidos, pero ahora se admiten tales actos solo en el caso que favorezcan a los beneficiarios de la afectación, caso contrario no serán válidos.

Siguiendo este criterio, si se dispone o grava el inmueble sin la conformidad o la autorización judicial, el acto será nulo. Sin perjuicio de ello, el acto puede ser confirmado si se cumple con la exigencia requerida por la Ley, ya que no está comprometido el orden público.

³¹ Rivera, Julio César y Graciela Medina, *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comentado T.1* (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2015), 327.

I. Impuesto a la transmisión gratuita de bienes y gratuidad de la inscripción

El art. 252 CCyC dispone que la vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la República si ella opera a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 246, y además no es desafectada en los cinco años posteriores a la transmisión. Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, también están exentos de impuestos y tasas.

El régimen legal anterior disponía que los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción del “bien de familia” estaban exentos del impuesto de sellos, de derecho de oficina y de las tasas correspondientes al Registro de la Propiedad, tanto nacionales como provinciales (art. 46 LBF).

Hay jurisprudencia que tiene dicho que la exención no alcanza a la tasa de justicia por la tramitación judicial³², por no estar previsto en el Código Fiscal.³³

La gratuidad del trámite de afectación se complementa con lo dispuesto por el art. 253 del CCyC en cuanto establece que “la autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación.”

m. Honorarios

En cuanto a los honorarios la LBF disponía en el art. 48 que en los juicios referentes a la transmisión hereditaria del bien de familia, los honorarios de los profesionales intervinientes no podían superar al 3% de la valuación fiscal.

El art. 254 CCyC establece que “Si a solicitud de los interesados, en los trámites de constitución intervienen profesionales, sus honorarios no pueden exceder en conjunto el uno por ciento de la valuación fiscal.”

“En los juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras, los honorarios no pueden exceder del tres por ciento de la valuación fiscal.”

El nuevo texto hace un tratamiento más completo que la legislación anterior porque establece un límite del 1% de la valuación fiscal para los profesionales que actúen en el

³² Areán, Beatriz, *Bien de familia* (Buenos Aires: Hammurabi, 2001), 289; Fazio de Bello, Marta Encina y Nory Beatriz Martínez, *Bien de familia* (Buenos Aires: La Ley, 2009), 193.

³³ CACC, San Nicolás, sala I, “Sierra Pastor Justino s/ Sucesión ab-intestato”, 3/5/1994, en RSI, RSI-158-94 I.

trámite de constitución, como puede ser el caso de un escribano o abogado. Aquí se refiere exclusivamente a los trámites administrativos de inscripción ante el Registro de la Propiedad, ello sin perjuicio de recordar que el propio interesado puede realizar directamente el trámite en forma gratuita. Si bien solo se hace referencia a la inscripción de la vivienda, interpretamos también debería aplicarse en caso de desafectación o cualquier otro trámite referido al tema.

Además, prevé el porcentaje máximo del 3% para el caso de los procesos sucesorios, concursos preventivos y quiebras.

Los procesos concursales no estaban contemplados en la legislación anterior, por ello con su inclusión se pone punto final a las diferentes interpretaciones que se hacían, pues algunos sostenían que se aplicaba el art. 287 LCQ.³⁴

En cuanto a la base para la regulación siempre es sobre la valuación fiscal, por lo cual en las sucesiones no es posible aplicar el régimen de tasación que habilitan las leyes arancelarias (vgr. art. 27 inc. a) del D-L 8.965/77).

Se ha dicho que en el supuesto que si los topes máximos aquí establecidos entren en conflicto con los mínimos regulatorios establecidos en la Ley concursal “por aplicación del principio interpretativo que indica que la ley especial prevalece sobre la general, debe estarse a los topes establecidos en este Código”³⁵, solución que compartimos.

n. Desafectación y cancelación de la inscripción

La inoponibilidad y la desafectación se diferencian en que la primera se refiere a que la vivienda no es susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción, incluso en el caso de quiebra, con las excepciones del art. 249 del CCyC. En cambio, la desafectación está regulada en el art. 255 del CCyC estableciendo taxativamente que procede cuando:

1) lo solicita el propietario con el asentimiento conyugal, del conviviente inscripto o en su caso con autorización judicial. Lo expuesto se aplica a bienes propios o gananciales e incluso si la desafectación es parcial porque los beneficiarios pueden ser perjudicados.

2) la constitución se dispuso por testamento a pedido de la mayoría de los herederos,

³⁴ Santiago C. Fassi y Marcelo Gebhardt, *Concursos y quiebras* (Buenos Aires: Astrea, 1998), 534; Rodolfo, A. N. Rouillon, *Régimen de concursos y quiebras* (Buenos Aires: Astrea, 1996), 357.

³⁵ Julio César Rivera y Graciela Medina. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2015), 332

salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o conviviente inscripto o haya beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, en cuyo caso deberá ser resuelto judicialmente, para lo cual deberá tenerse en cuenta el interés superior del niño o del incapaz;

3) lo soliciten la mayoría de condóminos. El cómputo debe hacerse en proporción a sus respectivas partes indivisas. Se aplican los límites del caso anterior. Cabe señalar la diferencia de tratamiento que hace la Ley en cuanto a la disposición de la cosa en condominio. El art. 1990 CCyC establece que sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos;

4) lo pida cualquier interesado o de oficio si no subsisten los recaudos previstos del instituto. Por ejemplo, si no se cumpliera con el deber de habitar efectivamente la vivienda que dispone el art. 247 CCyC, los acreedores posteriores a la inscripción podrán solicitar la desafectación, en cuyo caso el juez deberá analizar las circunstancias del caso en particular, tal como lo ha hecho la jurisprudencia durante el régimen derogado.

5) fallezca el constituyente y todos los beneficiarios;

6) el inmueble sea objeto de expropiación, reivindicación o subasta judicial, lo que se encontraba mencionado en el régimen derogado. Es lógico que en dichos supuestos deba desafectarse y cancelarse la inscripción porque el dominio pasa a otro sujeto y además cesa la habitación. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que la afectación a la vivienda se transmite a la indemnización de la expropiación o al remanente del precio de la subasta (art. 248 CCyC).

El régimen actual elimina la referencia en cuanto al caso de “causa grave que justifique la desafectación a juicio de la autoridad competente” (art. 49, inc. e LBF), lo cual se justifica porque ello ha dado lugar a una interpretación sumamente amplia.

Por último en cuanto a este tema, cabe reiterar que si bien es habitual utilizar indistintamente las expresiones inoponibilidad y desafectación, se trata de figuras diferentes. La primera implica que la afectación no tiene efectos respecto a “determinados” acreedores, mientras que la desafectación trae la cancelación de la inscripción respecto a “todos” los acreedores, es decir tanto anteriores como posteriores.³⁶

³⁶ Kemelmajer de Carlucci, *Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica*, 253-254; Juan Carlos, Pandiella, *Desafectación o inoponibilidad del bien de familia* en LLLitoral 2010 (mayo), 373-DFyP; Comentario al fallo de la CACCI de Santa Fe, sala I, “Colombetti, Jorge Elvio c. Fabro de Colombetti, Delia M. s/incidente de desafectación de bien de familia”, 8/4/2009 en LLLitoral 2010 (enero, 67).

II. LA “VIVIENDA FAMILIAR”

La protección del CCyC se extiende a la “Vivienda familiar” disponiendo que es inembargable tanto en el régimen matrimonial como en las uniones convivenciales inscriptas.

A. Breves antecedentes

A modo de recordar algunos breves antecedentes de la legislación tuitiva de la vivienda, cabe mencionar el caso de la vivienda única adquirida con crédito del Banco Hipotecario Nacional. El art. 34 de la ley 22.232 establece que los inmuebles destinados a vivienda gravados a favor del Banco Hipotecario Nacional no podrán ser embargados mientras conserven tal destino y “no podrán ser ejecutados ni constituirse sobre ellos otros derechos reales a excepción de los que se constituyan con motivo de créditos provenientes de su construcción, adquisición, ampliación, reforma, refacción o conservación. Los Registros de la Propiedad tomarán nota de dichas circunstancias al margen de la anotación de dominio.”³⁷ Ese régimen de inembargabilidad e inejecutabilidad constituye una cuestión de orden público que responde a un claro objetivo social de interés general, como es la protección de la vivienda familiar única, cuando ésta ha sido adquirida por medio de un crédito otorgado por la referida institución bancaria en las condiciones que esa normativa prevé.³⁸ La jurisprudencia ha reconocido la protección aún cuando se hubiere cancelado el crédito³⁹, excepto que se haya constituido una nueva hipoteca en favor de

³⁷ Kemelmajer de Carlucci, *Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar*, 161 y ss.

³⁸ CSJN, “Rospide, Oscar y otra s/quiebra”, 15/8/95. En igual línea, CSJN, “Nimichinitzer de Len, Alicia c/Len, Alfredo”, *Fallos* 284:50 y CSJN, “Tiscornia, Ignacio Angel c/Weinberg, Roberto”, *Fallos* 293:660. Véase también CSJN, “Jaralambides, Teófilo Lucio c/Irma N. Pereira Rocha de Jaralambides.” *Fallos* 308:2073.

³⁹ CNCom., Sala E, “Colombo, Enrique c/ Del Campo, Jorge”, 17/11/1989 en Lexis N° 11/9223. En igual línea se ubica lo establecido por la CNCom, Sala E, “Baritello c/ Mammanna”, 31/10/1997 en LL 1998-C,498 y lo resuelto por la CNCom, Sala D “Nintesanto c/Montenegro”, 14/5/1998 en LL 1999-C, 392. Véase también lo sostenido por CNCom, Sala A, “Cooperativa de Vivienda Créd y Acción Productiva Ltda. c/ Tramutola, Andrea C. y otro s/ ejecutivo (inc. de apelación art. 250 CPCC)”, 10/10/2005 en DJ 2007-1. La Sala A de la Cámara Comercial ha resuelto que corresponde levantar el embargo trabado sobre un inmueble del ejecutado que se encuentra amparado por el beneficio de la inembargabilidad impuesto por la Ley 22.232, aun cuando el crédito hipotecario haya sido cancelado, pues dicho beneficio subsiste mientras se mantengan las circunstancias que permitieron su constitución, esto es, la existencia de un único inmueble que sea destinado a vivienda propia. Agregó que la protección de inembargabilidad se extiende mas allá de la cancelación del préstamo, pues ello se ajusta al objetivo social y al carácter de orden público que tienen las normas legales en la materia que concuerdan con las funciones de fomento de la vivienda familiar y con el espíritu de normas análogas, como las que regulan el llamado bien de familia. Dicho beneficio subsiste mientras se mantengan las circunstancias que permitieron su constitución, esto es, la existencia de un único

otro acreedor.⁴⁰ Teniendo en cuenta tales premisas, los tribunales han excluido del desapoderamiento a la vivienda propia única gravada a favor del Banco Hipotecario

inmueble que sea destinado a vivienda propia (CNCom., Sala A, “Banco Río de La Plata S.A. c. Ranni, Roxana”, 13/4/2010 en LLOnline: AR/JUR/21324/2010).

La Corte de Mendoza decidió que “los beneficios de inembargabilidad e inejecutabilidad de los inmuebles destinados a vivienda propia y adquiridos o construidos con préstamos del Banco Hipotecario Nacional, se mantienen con posterioridad a la cancelación del gravamen hipotecario, siempre que subsistan las condiciones que permitieron su otorgamiento” (SCJ Mendoza, sala I, “Segura, Julio C. c/ Chirino, Rolando C.”, 24/9/1997 en LLOnline: AR/JUR/3588/1997).

El mismo Tribunal ha resuelto que “la inembargabilidad de los inmuebles adquiridos a través del Banco Hipotecario Nacional se mantiene, aunque no se haya hecho ninguna mención al respecto en la hipoteca ni conste en el título la anotación marginal correspondiente”. Manifestó, con voto del Dr. Romano, que “la existencia del instituto del bien de familia no anula el privilegio de la inembargabilidad e inejecutabilidad de la vivienda adquirida a través del Banco Hipotecario Nacional, sino que extiende la preservación de la vivienda única a aquellos casos en que el privilegio del art. 35 de la ley 22.232 no fuere aplicable (SCJ Mendoza, sala I, “Segura, Julio C. c. Chirino, Rolando C.”, 24/9/1997 en LLOnline: AR/JUR/3588/1997 y SCJ Mendoza, sala I, “Atuel Fideicomisos S. A. c. Abrego, Juan C.”, 13/5/2002 en LLGran Cuyo: AR/JUR/6/2002). En el mismo sentido: Kemelmajer de Carlucci, *Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica*, 161 y ss.

En los autos “Atuel Fideicomisos” citado, la Dra. Kemelmajer resume las pautas seguidas por la Corte Nacional relativas la protección reconocida por la ley 22.232, a saber:

- es una disposición de orden público que responde a un claro objetivo social y de interés general (Fallos: 249-183; 256-572; 295-608; 305-449; 315-129).
- la inembargabilidad puede ser invocada por el titular del préstamo "cuyo techo la ley protege por razones de interés general" (Fallos: 256:572; 263:98; 274:165).
- Los derechos acordados por la ley tienen carácter "intuitu personae", desde que estas ventas e hipotecas sólo se formalizan con personas que reúnen determinada situación económica y laboral, lo que fundamenta las especialmente benignas condiciones de la operación, subsidiada, en parte, con fondos públicos.
- La protección se mantiene con posterioridad a la cancelación del gravamen hipotecario (CSJN, "Jaralambides, Teófilo c/ Pereyra Rocha, Irma", 30/10/86 en JA, 1989-I-790).

La doctrina de la Corte de la Pcia. de Bs. As. es uniforme en cuanto a que el beneficio de la inembargabilidad no se extingue con el pago total de la deuda al Banco Hipotecario Nacional, véase: SCBA, “Villa, Carlos A. c/ Maxuel, Williams s/ Ejecutivo”, 31/3/1992 en DJBsAs 143, 267 y SCBA, “Villar, Carlos A. y otro c/ Curieses, Héctor A. y otra s/ cobro ejecutivo. Incidente de levantamiento de embargo”, 10/12/1992 en Ac 50324 S, AyS 1992 IV, 475. En la misma línea, SCBA, “Peris, Gustavo Juan y Peris, Rafael s/ quiebra”, 15/8/1995 en Ac 50827 S; SCBA, “Ferrari, Aymar Lorenzo s/ Concurso preventivo civil (hoy s/quiebra)”, 27/4/1999 en Ac 63790 S y SCBA, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Puyella, Héctor Daniel y otras s/ ejecución hipotecaria”, 13/9/2000 en Ac 73811 S. Asimismo, lo dispuesto por la SCBA, “Lozano, Irma y otros c/ Cooperativa de Vivienda Los Treinta y Seis Ltda. y otros s/ Ejecución hipotecaria”, 22/10/2003 en Ac 82873 S; SCBA, “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Abraham, José Luis y Benvenuto de Abraham, María Leonilda s/ Incidente de desafectación –reconstrucción”, 27/10/2004 en Ac 87131 S.; SCBA, “Erbes, Damián Enrique c/ Molinuevo, Ludovico y otros s/ Daños y perjuicios”, 31/10/2007 en Ac 88169 S y SCBA, “Riera, Aldo R. y otro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Incidente de inembargabilidad e inejecutabilidad y nulidad de acto jurídico”, 3/10/2007 en Ac 88256 S entre otros. Recopilado de JUBA- Base de Jurisprudencia.

La Cámara de Apelación de Necochea resolvió que procedía levantar el embargo trabado sobre una vivienda única familiar adquirida a través de un préstamo del Banco Hipotecario Nacional, pues, siendo que la copropietaria del bien continuaba habitándolo, el beneficio de inembargabilidad e inejecutabilidad de la ley 22.232 dijo que subsistía, sin que obste a ello la locación parcial del inmueble (CACC Necochea, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Giglio, Olga Esther y ot.”, 10/9/2009 en LLOnline, AR/JUR/53204/2009).

⁴⁰ CNCom. Sala F, 31/12/1997, LL 1998-D, 51; CACC Azul, sala II, “Albornoz, María Edith c. Bocchio, Oscar Rubén”, 5/7/2007 en LLBA, AR/JUR/3423/2007.

Nacional, mientras mantiene su categoría originaria de única vivienda propia.⁴¹

La Constitución de la provincia de Córdoba establece en el art. 58 que la vivienda única es inembargable sin necesidad de inscripción⁴². El Superior Tribunal de Córdoba había declarado constitucional la referida norma, fallo que no podía ser compartido pues no era admisible que a partir de esta decisión “el patrimonio común de los acreedores es uno para la República Argentina y otro para el estado de Córdoba”.⁴³ Este fallo fue criticado por calificada doctrina, e interpretamos con razón, al decir que por el art. 104 de la Constitución Nacional, las provincias conservan el poder no delegado a la Nación y según el art. 108, las provincias no pueden ejercer el poder delegado a la Nación. En consecuencia, se agregó que no pueden dictar los códigos de fondo después que el Congreso de la Nación los haya dictado para todo el país. Además se argumentó que las constituciones provinciales “no pueden vulnerar lo establecido por la ley 14.394 y por ende no pueden establecer la inembargabilidad de la vivienda única en forma automática como lo establece la Constitución de Córdoba”.⁴⁴ Así, la Corte de la Nación declaró la inconstitucionalidad de la citada norma (art. 58 in fine), pues dijo que las relaciones entre acreedor y deudor sólo podían ser objeto de la exclusiva legislación del Congreso de la Nación, alcanzando la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor. Asimismo argumentó que es materia de la legislación común, prerrogativa única del Congreso Nacional, determinar qué bienes del deudor están sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor y cuáles no lo están. Que la norma cordobesa ha alterado el diseño constitucional invadiendo el terreno en el que corresponde a la Nación

⁴¹ CNCom., Sala A, “Altos Propiedades s/ quiebra”, 8/10/1997 en DJ 1998-2-359. En esta línea, véase lo dispuesto por la CNCom, Sala A, “Banco Río de La Plata S.A. c. Ranni, Roxana”, 13/4/2010 en LLOnline AR/JUR/21324/2010; CACC Necochea, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Giglio, Olga Esther y ot.”, 10/9/2009 en LLBA 2010 (marzo), 215; CACC de Santa Fe, sala I, “Banco de Santa Fe c. Bordagaray, Rubén G.y otra”, 5/8/2002, LLLitoral 2003(junio), 623 y Cap. de Concepción del Uruguay, sala del Trabajo, “Laval, Jorge Gustavo y otro c. Ahumada, José L. y/u otro”, 15/2/1999, AR/JUR/717/1999.

⁴² Art. 58 de la Const. de la Pcia. de Córdoba: “Todos los habitantes tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, la que, junto a los servicios con ella conexos y la tierra necesaria para su asentamiento, tiene un valor social fundamental. La vivienda única es inembargable, en las condiciones que fija la ley...”.

⁴³ El art. 1 de la Ley 8.067 establece que: “Considérase automáticamente inscrita de pleno derecho como bien de familia a partir de la vigencia de esta Ley, a los fines previstos en el artículo 58 de la Constitución Provincial, la vivienda única que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley Nacional N° 14.394 y en la Ley Provincial N° 6.074.”

⁴⁴ Graciela Medina, *Perplejidad nacional por inejecutabilidad de la vivienda única en Córdoba*, El Dial: DC54; aut. cit. “Protección constitucional de la vivienda familiar. Con especial referencia a las modernas constituciones provinciales,” *Rev. de Derecho de Familia*, no. 7, 40; con cita de: Guillermo Barrera Buteler, *Inembargabilidad de la vivienda única en la nueva Constitución Provincial* en LL Córdoba 1988-85; Oscar Venica, *Inembargabilidad de la vivienda única. Ley 8067*, Córdoba: Lerner, 1992; Nora Lloveras, *La protección constitucional de la vivienda familiar* en LL 1993-E-812.

dictar las normas.⁴⁵ Esta solución de declarar la inconstitucionalidad fue reiterada por el Alto Tribunal en fecha posterior.⁴⁶

También cabe recordar los regímenes establecidos por las leyes 25.798 y 26.167 las que fueron dictadas a los fines de resolver el problema de los deudores hipotecarios luego de la pesificación que tenían el riesgo que su vivienda única y familiar fueran ejecutada. Por ello el legislador buscó darles un marco de protección adecuado y la Corte Federal reconoció la constitucionalidad y aplicabilidad del plexo normativo de emergencia en diversos precedentes.⁴⁷

En la Provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley 14.432 que pretendió brindar protección a la única vivienda familiar de ocupación permanente mediante la garantía de inembargabilidad e inejecutabilidad. Pero la Ley fue declarada inconstitucional por diversos tribunales bonaerenses y la Suprema Corte confirmó tales decisiones, con los fundamentos utilizados por la Corte de Justicia de la Nación en el caso citado de la norma constitucional cordobesa.⁴⁸

B. Tratamiento del CCyC

1. Los acreedores

La vivienda familiar es inembargable por los acreedores tanto para el caso del matrimonio como para la unión convivencial. Así lo dispone la parte final del art. 456 del CCyC cuando dice que no puede ser ejecutada por deudas contraídas luego de la celebración del matrimonio, salvo que ambos cónyuges se hayan “obligado conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

Esta disposición se reproduce para el caso de la unión convivencial inscripta. El art. 522 establece que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas

⁴⁵ CSJN, “Banco del Suquía S.A. c. Juan Carlos Tomassini s/ P.V.E –ejecutivo- apelación recurso directo”, 19/03/2002.

⁴⁶ CSJN, “Romero, Carlos Ernesto c. Lema, Andrés Fabián”, 23/6/2009, dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hizo suyo en LL 2009-E, 68.

⁴⁷ CSJN, “Rechou, Diego c/ Czyzyk, Norma Lidia. Ejecución hipotecaria”, causas C. 94.032; CSJN, “Zella, Raimundo Ciro c/ Ter Akopian, Arturo Diego y otra. Ejecución hipotecaria”, C. 97.043; CSJN., “Inalpa Industrias Alimenticias Pavón Arriba S.A. c/ Litovich, Héctor Fabian y otro. Ejecución hipotecaria”, C. 99.406; CSJN., “Quiroga, Julio Ismael y otro c/ Arias, Mario Osvaldo y otro. Ejecución hipotecaria”, C 89.562; CSJN, “International Trade Logistic c/ Tevycom Fapeco S.A. Incidente de revisión en autos: Tevycom Fapeco S.A. s/ concurso preventivo”, C 93.176, sentencias dictadas el 29/12/2008, entre otras.

⁴⁸ SCBA, “Serial, Sandra contra Luján, Tomasa. Cobro ejecutivo”, 14/12/2016, C 119896 S, 14/12/2016, fallo cit.

después del inicio de la unión convivencial, excepto, al igual que el matrimonio que ambos convivientes la hayan contraído o que haya asentimiento del otro.

En las uniones convivenciales no inscriptas la protección no puede ser invocada porque no hay certeza fehaciente acerca de la fecha en que se inició la convivencia.

Sin perjuicio del régimen de protección de la “Vivienda” (art. 244 y ss. CCyC), el solo hecho de constituir la vivienda familiar el bien es protegido sin que pueda ser agredido por los acreedores.

La jurisprudencia ha aplicado estas nuevas disposiciones de protección de la vivienda al decir que ésta no podrá ser ejecutada si la deuda no fue contraída por ambos cónyuges o por uno con el asentimiento del otro “por integrar ese núcleo de valores sólido y perdurable de una sociedad, consagrado en el art. 14 bis de la Carta Magna. Y opera de pleno derecho, desde que esta restricción a la agresión patrimonial de la vivienda familiar por parte de los acreedores (que consagra el art. 456 último párrafo, Código Civ. y Com.) deriva de la referida condición del inmueble, con absoluta independencia de que medie afectación al régimen de protección previsto en el Capítulo 3 Título III del Libro Primero del Código nuevo, es decir, opera sin ninguna necesidad de trámite”.⁴⁹

También se podría plantear el caso de alguna persona que habite con su familia un bien que no sea inmueble. Se citan como ejemplos una casa flotante o rodante, embarcación, incluso contenedores, etc. En estos supuestos se ha dicho que pese a que algunos no son registrables igualmente son inejecutables por los acreedores, ello si importan una vivienda familiar y ambos cónyuges o convivientes prestaron su consentimiento.⁵⁰

2. Asentimiento

El control de los bienes gananciales en la sociedad conyugal se encontraba previsto en el art. 1277 del Código Civil para el cónyuge no administrador del bien ganancial, lo que también era aplicable si se trataba del bien propio sede del hogar conyugal.

El CCyC otorga la misma protección en el matrimonio y en la unión convivencial, al establecer que para disponer de la vivienda familiar⁵¹ es necesario el asentimiento del

⁴⁹ CACC, San Nicolás, Sala I, “Pardini, Héctor Almido Hilario c/ Pena, Rodolfo Oscar s/ Cobro Ejecutivo” , 12/05/2016, 12362 S.

⁵⁰ Carlos A. Molina Sandoval, *Inejecutabilidad de la vivienda familiar*, La Ley del 5/9/2016.

⁵¹ Además del inmueble quedan incluidos “los muebles indispensables de ésta”, lo que no podrán ser transportarlos fuera de la vivienda (art. 456 CCyC).

cónyuge o del conviviente no titular del inmueble (art. 456 y 522), bajo apercibimiento de poder solicitarse la nulidad del acto.⁵²

En el caso del matrimonio la regla se aplica cualquiera sea el régimen patrimonial que hayan elegido los cónyuges.

La exigencia de asentimiento se ha explicado que es aplicable a ciertos actos que hasta ahora se encontraban excluidos, por ejemplo, la cesión de derechos y acciones de un plan de viviendas, o la de un boleto de compraventa.⁵³

En caso que cese de la convivencia tanto en el matrimonio como en la unión, las partes podrán convenir acerca del uso del hogar común, generalmente a quien queda a cargo de los hijos (art. 438 y 514, respectivamente CCyC), caso contrario será decidido por el juez.⁵⁴ La protección del uso de la vivienda es oponible a terceros desde la inscripción registral

También se protege la vivienda en el caso que fuese alquilada. El conviviente no locatario podrá continuar en la locación hasta su vencimiento.

En el caso de fallecimiento el conviviente supérstite tiene derecho a invocar el derecho real de habitación de la vivienda del causante que haya sido el último hogar familiar por un plazo máximo de 2 años, en la medida que carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a una vivienda. No podrá invocar este derecho si el bien se encuentra en condominio con terceros al momento de la apertura de la sucesión y el derecho real de habitación no es oponible a los acreedores del causante (art. 527 CCyC).

III. DESALOJO DE MENORES DE EDAD O DE PERSONAS VULNERABLES

La protección de la vivienda de los menores de edad ha sido reconocida por el máximo Tribunal bonaerense en acciones de desalojo. Así en un caso en el cual se había

⁵² Ricardo L. Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2014), 816.

⁵³ Marisa M. Herrera y Victoria Pellegrini, “La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Nuevo Código Civil*, 30 de mayo de 2015.

⁵⁴ En el caso de uniones convivenciales el art. 526 del CCyC dispone que “El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata...”.

se había planteado la nulidad del procedimiento por haberse limitado la participación del Ministerio Público a un rol meramente formal de intervención, se hizo lugar al recurso interpuesto y se revocó la sentencia, ya que se dijo que se había cercenado el derecho de los incapaces que habitaban la vivienda sin que pudieran hacer valer sus derechos.⁵⁵

En otro caso en el que se había ordenado el desalojo de una vivienda de condición humilde que involucraba a tres menores y un discapacitado, la Corte dijo que correspondía exhortar al juzgado interviniente para que adopte los recaudos necesarios para que se dé cumplimiento a la protección establecida por las Convenciones y la Constitución Nacional, poniendo en conocimiento de la situación a los organismos administrativos pertinentes.⁵⁶

Tratándose de la ejecución una sentencia en la cual dos adultos nonagenarios de escasos recursos económicos y en condición de vulnerabilidad, el cintero Tribunal dijo que corresponde “al Poder Administrador que adopte las medidas pertinentes a fin de paliar la peculiar vulnerabilidad que exhiben los demandados en su carácter de integrantes de grupo desaventajado, de conformidad a las obligaciones que los Tratados imponen en relación a estos sujetos de tutela preferencial”.⁵⁷

IV. DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE⁵⁸

El art. 3573 bis del Cód. Civil (ley 20.798), reconocía el derecho real de habitación a la viuda o viudo, sobre el único inmueble, habitable, propio o ganancial, integrante del

⁵⁵ SCBA, “Balint, Roberto Oscar y otro c/ F., G. A. y otros s/Desalojo”, 18/11/2015, C 117577 S.

⁵⁶ SCBA, “Barengo, Liliana Mercedes y otro contra Coronel, Juan Carlos y otra. Ejecución hipotecaria”, 26/8/2015, Rc 120238 I 26/8/2015.

⁵⁷ SCBA, “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros c/Segovia, Robustiano y otros s/Reivindicación”, 3/4/2014, 107207 S, 3/4/2014.

⁵⁸ Doctrina durante la vigencia del Cód. Civ.: Luis O. Dorno, “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”, *JA*, t. 29 (1975): 628; Alberto D. Molinario, “Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil”, *La Ley B* (1975): 1040, (LL 1975-B, 1040); Molinario, “Protección de la vivienda familiar. El derecho de habitación del cónyuge supérstite (art. 3573 bis, cód. Civ.)”, en *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, T. II, (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000), 185 y ss.; Eduardo A. Zannoni, “El derecho real de habitación conferido al cónyuge supérstite por el art. 3573 bis del Código Civil”, *JA*, 1976-III, 95; Guillermo A. Borda, “Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil”, *ED*, 60-883; Silvia Y. Tanzi, “Los límites de aplicación del derecho real de habitación”, *La Ley F* (1998): 12, (LL 1998-F, 12). María Magdalena Galli Fiant, “Derecho de habitación viudal e inmueble que integra parcialmente el acervo hereditario”, *LLitoral* (junio 2008), 487.

haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal.⁵⁹ La preferencia era oponible a los herederos y legatarios, pero se planteaban dudas si también lo era respecto a los acreedores.

El derecho real de habitación gratuito del cónyuge supérstite encuentra reconocimiento en el art. 2383 del CCyC, reconociendo de “pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas”.

Al final de la disposición resuelve la discusión a la cual hicimos referencia al decir que “Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”, ello porque a nuestro entender el instituto tiende por fin cumplir con el deber de solidaridad familiar, pero no respecto a los acreedores.⁶⁰

La jurisprudencia ha dicho que el CCyC refuerza la importancia social del derecho real de habitación y simplifica su aplicación en favor del cónyuge supérstite, ello porque establece su reconocimiento “de pleno derecho”, es decir, sin petición judicial previa. Asimismo, elimina la necesidad de que se trate de un solo inmueble, habitable, integrante del haber hereditario, y que su estimación no sobrepase el límite máximo para ser declarado como bien de familia, a la vez que se reconoce tal derecho incluso a la pareja conviviente (aunque limitado en el tiempo).⁶¹

Cabe agregar que la nueva legislación también reconoce el derecho real de habitación que “...consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia.”, pudiendo constituirse solo a favor de persona humana (art. 2158). Establece que no es ejecutable por los acreedores (art 2160).

⁵⁹ Manuel H. Castro Hernández, *Indivisión hereditaria-condominio. Diferencias, requisitos y caracteres. Derecho real de habitación del cónyuge supérstite*, ED 11/5/2011, comentario al fallo: CNCiv., Sala A, “L., A.J. c. H., A.C. y otros s/ división de condominio”, 29/10/2010,

⁶⁰ Parte de la doctrina había entendido que quien adquiere en subasta pública el bien debía respetar el derecho vitalicio y gratuito del cónyuge supérstite. Véase: Omar U. Barbero, *El derecho de habitación del cónyuge supérstite* (Buenos Aires: Ed. Astrea, 1977,) 123. La CNCiv. había resuelto un caso en el cual un acreedor había ejecutado su crédito por honorarios subastando la vivienda que ocupaba la deudora. Intimada a proceder a la tradición del bien, la ejecutada pretendió que se le reconociera como viuda su derecho real de habitación conforme al citado art. 3573 del Cód. Civil. El planteo fue rechazado ya que se dijo que el derecho debía ser expresamente invocado ante el juez del sucesorio, antes de aprobar la partición e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, con lo cual se asegura la oponibilidad a terceros (CNCiv., sala K, “M., C. A., suc.”, 23/6/1995, comentado por Gowland en el trab. mencionado).

⁶¹ CACC, Lomas de Zamora, sala I, “Cardo, Susana Violeta s/ sucesión ab-intestato”, 19/6/2015, 72258 RSD: 115/2015 S 19/6/2015.

V. DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

Se ha distinguido entre el “derecho sobre la vivienda” y el “derecho a la vivienda”. El primero se trata de las especiales garantías jurídicas que el titular de un derecho tiene por la sola circunstancia de ser su vivienda o de su familia, al cual hemos hecho referencia hasta ahora, mientras que el segundo se refiere al derecho que tiene todo ciudadano de acceder a un lugar en el que encuentra un ámbito de protección (art. 14 bis de la C.N.),⁶²

El acceso constitucional a una vivienda digna ha sido reconocido por la Suprema Corte bonaerense al decidir un caso de amparo en el cual la actora y su grupo familiar se encontraba en un grave cuadro de emergencia, para lo cual dijo que la autoridad debía brindar asesoramiento y orientación necesarios mediante sus servicios de asistencia social para la solución de las causas de su problemática habitacional y laboral que atravesaba. Asimismo ordenó suministrar a la peticionaria, además de la cobertura básica de alimentación y salud, un alojamiento adecuado.⁶³

El mismo Tribunal condenó a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que proveyeran de una vivienda adecuada a una familia con cinco hijos menores de edad que se encontraban en una situación crítica. Hasta tanto se cumpliera la sentencia se dispuso que la autoridad debía cubrir a su exclusivo costo el alojamiento en un hotel o complejo habitacional.⁶⁴

VI. LA INSCRIPCIÓN DE LA “VIVIENDA” DURANTE EL PERÍODO DE SOSPECHA DE LA QUIEBRA

Con el fin de revisar la conducta del deudor durante el período anterior a la sentencia de quiebra la Ley 24.522 (LCQ) prevé un sistema de recomposición patrimonial en los arts. 118 y 119. El fallido puede haber realizado actos que hayan agravado su cesación de pagos, perjudicando así a sus acreedores.

⁶² Kemelmajer de Carlucci, *Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar*, 249.

⁶³ SCBA, “A.G. C. s/ Amparo. Recurso extraordinario de nulidad. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 30/10/2013, A 71535 S 30/10/2013.

⁶⁴ SCBA, “B., A. F. c/P. d. B. A. s/Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley”, 3/7/2013, A 70138 S, 3/7/2013.

Previo a la entrada en vigencia del CCyC, se había planteado si constituido el bien de familia durante el período de sospecha, la inscripción era ineficaz, dando la jurisprudencia y los autores soluciones contradictorias.

Interpretamos tales antecedentes mantienen su vigencia pese a la reforma, por ello pasamos a recordarla.

Algunos autores han interpretado que la constitución del bien de familia, dentro del período de sospecha no puede ser declarada ineficaz. Para ello han argumentado que el art. 38 de la Ley LBF, actual art. 249 CCyC, disponía que “el bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en caso de concurso o quiebra” y que “esta indicación expresa y pergeñada de la ley, no puede ser pasada por alto, para justificar la inclusión del bien dentro de los actos ineficaces del período de sospecha.” Asimismo esta corriente de opinión menciona que no está previsto dentro de los supuestos de los ineficaces de pleno derecho.⁶⁵ Este ha sido el criterio sustentado por alguna doctrina al decir que la afectación a bien de familia no es un acto de disposición, ya que tiende a la conservación del bien afectado en el patrimonio de su titular y que tampoco se trata del supuesto del art. 122 de la Ley 19.551 (hoy 118), porque no se trataba de ningunos de los casos allí taxativamente enumerados.⁶⁶ También se ha dicho que existiendo acreedores posteriores a la inscripción tendrán a su disposición las acciones restitutorias pertinentes como ser la nulidad o impugnatorias del acto administrativo para traer a la masa ese bien ilegítimamente excluido, pero que ellos no tuvieron en miras al contratar.⁶⁷ Hubo jurisprudencia que resolvió en el mismo sentido.⁶⁸

⁶⁵ Roberto J. Porcelli, *El bien de familia (alcance del régimen de amparo en el procedimiento concursal)*. La Ley B (1989): 734, (LL, 1989-B-734); Francisco Junyet Bas y Carlos A. Molina Sandoval, *Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra*, (Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002), 410.

⁶⁶ Horacio A. Grillo, *Período de sospecha en la legislación concursal*, (Buenos Aires: Astrea, 1988), 196; Claudio A. Casadío Martínez, “Bien de Familia en la quiebra: facultades del síndico en la interpretación de la CSJN”. *La Ley C* (2007): 469, (LL 2007-C, 469).; Leopoldo L. Peralta Mariscal, “Algunas cuestiones en torno a la difícil convivencia entre la quiebra y el bien de familia”, en *Protección Jurídica de la Persona*, coord. Darío J. Graziabile (Buenos Aires: La Ley, 2010), 277.

⁶⁷ Gustavo A. Esparza, *Sobre ineficacia concursal y el bien de familia. Algunas notas a fallo para su estudio*, ED, T 190-155/171; Villoldo, “Diversos enfoques ante la quiebra del constituyente de un bien de familia, en La tutela de los acreedores en los procesos concursales”, 295-296

⁶⁸ Se ha resuelto que corresponde revocar la decisión que dispuso desafectar el bien por ser la fecha de cesación de pagos del deudor anterior a esta inscripción, ya que en el caso la constitución como bien de familia sólo resultaba inoponible a los créditos de fecha anterior (CNCom, Sala C, “Barbuto, Enrique s/ quiebra”, 22/8/2003, en La Ley, 14/1/2004, 4); y que era irrelevante la fecha de cesación de pagos para evaluar la oponibilidad de la inscripción del bien de familia en la quiebra, pues lo que debía tenerse en cuenta era la existencia de créditos de causa o título anterior a la fecha de la inscripción (del dictamen del

En otro extremo están quienes han sostenido que procede la declaración de ineficacia de la constitución del bien de familia realizada con posterioridad a la fecha de cesación de pagos. Se ha dicho que cuando la LCQ se refiere a los “actos a título gratuito”, no sólo contempla las donaciones, sino aquellos actos que, siendo en sí mismos lícitos, provocan una disminución en la garantía común, sin contravalor respectivo, en beneficio de un tercero y por voluntad exclusiva del deudor; es decir, que no configuran actos necesarios (art. 122 de la ley 19.551, actual art. 118). De esta manera, se afirma, se concilian los principios concursales con la finalidad del bien de familia, que no es defraudar a los acreedores anteriores, sino mantener incólume el patrimonio de futuras deudas.⁶⁹

Teniendo en cuenta tales antecedentes que interpretamos son aplicables al nuevo régimen, sostenemos que la afectación como “Vivienda” durante el período de sospecha es un acto inoponible a los acreedores de la quiebra. Como hemos sostenido, lo contrario importa admitir que mediante este simple ardid el fallido disminuya su garantía patrimonial con el consecuente perjuicio a sus acreedores⁷⁰. Admitimos que el acto administrativo de inscripción de la “Vivienda” no es el que habitualmente se identifica con los actos a título gratuito previstos en el inc. 2° del art. 118 LCQ (donación, remisión de deudas, mutuo gratuito, reconocimiento de una obligación natural⁷¹, etc.), pero a nuestro entender el registro es inoponible a los acreedores, porque encontrándose en cesación de pagos mal puede realizar la inscripción del bien por el evidente perjuicio, disminución de su garantía patrimonial, que el acto provoca.

fiscal que la CNCom, que la Sala A hace suyo, 23/9/02, “Consortio de Propietarios Formosa 56 c. Jergis, Samuel J”, en La Ley 2003-B, 722).

⁶⁹ Kemelmajer De Carlucci, *Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar*, 154; Osvaldo J. Maffía, “Un límite a la intangibilidad del bien de familia en la quiebra”, *Rev. de las Sociedades y Concursos* 6 (2000): 49. Heredia sostiene que la inembargabilidad e inejecutabilidad del inmueble afectado como bien de familia supone que la inscripción no se hubiera efectuado dentro del período de sospecha (art. 116 LCQ), ya que en este supuesto resulta inoponible a los acreedores concursales y quedaría comprendido en el art. 118, inciso 2°, como un acto a título gratuito (Pablo D. Heredia, *Tratado exegético de derecho concursal*, T 3, (Buenos Aires: Ed. Abaco, 2000), 1014.

En este mismo sentido véase: CACC de Santa Fe, Sala III, “Metalúrgica Santo Tome SA”, 23/12/1986, Zeus, 45-J-277, cit. por Rivera y otros, *Bien de familia...*, 121.

⁷⁰ Ribera, *La protección de la vivienda familiar y la insolvencia*.

⁷¹ Horacio A. Grillo, *Período de sospecha en la Ley de Concursos. Efectos retroactivos del a quiebra*, (Buenos Aires: Astrea, 2001), 140; Horacio P. Garaguso y Guillermo H. F Garaguso, *Ineficacia Concursal*, (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006), 181.

VII. PALABRAS FINALES

Por último, cabe destacar que el cambio que se ha hecho, referido a la protección de la vivienda en el CCyC, significa sin hesitación un evidente progreso, actualizando los institutos y reconociendo la jerarquía que la Constitución Nacional y las Convenciones internacionales le otorgan.

La vivienda es un derecho imprescindible de toda persona humana y a partir de la nueva legislación civil y comercial queda amparada aún cuando el propietario no tenga familia⁷², se trate de cónyuges o convivientes, solucionando además múltiples conflictos que derivaban en soluciones jurisprudenciales contradictorias, con la consecuente inseguridad y costo que ello acarrea.

Por ello recibimos con sumo beneplácito la protección de la vivienda que hace el nuevo Código.

⁷² Julio C., Rivera, “La necesaria Reforma del Derecho Privado Patrimonial”, en libro homenaje al referido autor *Protección Jurídica de la Persona*, (Buenos Aires: Ed. La Ley, 2011), 737.

BIBLIOGRAFÍA

General

Alberti, Edgardo M. “El valor del inmueble como requisito del bien de familia (a propósito de un conflicto concursal)”. *La Ley B* (2004): 798 (LL 2004-B, 798).

Amestoy, Paola. “Bien de familia y subrogación real. Necesidad de una reforma legislativa”. *El Derecho Familia*, nro. 13 (diciembre de 2010).

Areán, Beatriz. *Bien de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

Barbero, Omar U. *El derecho de habitación del cónyuge supérstite*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1977

Borda, Alejandro. “Sugerencias de reformas al régimen del bien de familia”. *La Ley E* (1987): 842 (LL 1987-E, 842).

Borda, Guillermo A. “Acerca de la naturaleza jurídica del derecho de habitación creado por el art. 3573 bis del Código Civil”. ED 60-883.

Bouzzart, Luis Francisco. “El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso civil y la quiebra”. *Rev. Jus. La. Plata*, nro.9 (1967): 5 y ss.

Cadoche de Asvalinsky, Sara. 2001. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.

Casadío Martínez, Claudio A. “Bien de Familia en la quiebra: facultades del síndico en la interpretación de la CSJN”. *La Ley C* (2007): 469, (LL 2007-C, 469).

Castro Hernández, Manuel H. “Indivisión hereditaria-condominio. Diferencias, requisitos y caracteres. Derecho real de habitación del cónyuge supérstite”, ED 11/5/2011, comentario al fallo: CNCiv., Sala A, “L., A.J. c. H., A.C. y otros s/ división de condominio”, 29/10/2010.

Cifuentes, Santos. “El bien de familia. Fundamentos y naturaleza jurídica”. *La Ley* (2004): 108 (LL 108, 1050).

Di Lella, Pedro. 2003. “Bien de familia y quiebra”. *Suplemento de Conc. y Quiebras. La Ley D* (2003): 713, (LL 2003-D, 713).

Dorno, Luis O. “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”. *JA*, t. 29, (1975).

Esparza, Gustavo A. “Sobre ineficacia concursal y el bien de familia. Algunas notas a fallo para su estudio”. ED, T 190-155/171.

Fassi, Santiago C. y Gebhardt, Marcelo. *Concursos y quiebras*. Buenos Aires: Astrea, 1998

Fazio de Bello, Marta Encina y Nory Beatriz Martínez. *Bien de familia*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

Galli Fiant, María Magdalena. “Derecho de habitación viudal e inmueble que integra parcialmente el acervo hereditario”. *LLLitoral* (junio 2008), 487.

Garaguso, Horacio P. y Garaguso, Guillermo H. F. *Ineficacia Concursal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

Grillo, Horacio A. *Período de sospecha en la legislación concursal*. Buenos Aires: Astrea, 1988

Guastavino, Elías P. “Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva? Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley”. *Jurisprudencia Argentina*, vol. III (1997): 90

Guastavino, Elías P. *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*. Santa Fe: Ed. Rubinzal y Culzoni, 1998.

Heredia, Pablo D. *Tratado exegético de derecho concursal, T 3*, Buenos Aires: Ed. Abaco, 2000.

Herrera, Marisa M. y Pellegrini, Victoria, “La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial”, *Nuevo Código Civil*, 30 de mayo de 2015. Recuperado de: <http://www.nuevocodigocivil.com/la-proteccion-a-la-vivienda-familiar-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-por-marisa-herrera-y-maria-victoria-pellegrini>

Hequera, Elena B. “Bien de familia y quiebra”. *Jurisprudencia Argentina* vol. II (1999): 736.

Iturbide, Gabriela A. “Protección jurídica de la vivienda: subsistencia del bien de familia ante la desaparición del núcleo familiar”, *El Dial DC* (marzo 2006): 848.

Junyet Bas, Francisco y Molina Sandoval, Carlos A. *Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002.

Kemelmajer de Carcucci, Aída, Carlos Parellada y Graciela Medina. “El bien de familia y quiebra”. *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, nro. 100 (1984): 194-467.

Kemelmajer de Carlucci, Aída. “Nuevas reflexiones sobre la protección jurídica de la vivienda familiar”. En *homenaje al Dr. Julio César Rivera “Protección Jurídica de la Persona”*, coord. Darío J. Graziabile, Buenos Aires Ed. La Ley, 2010.

Lagomarsino, Carlos A. R. “Desafectación del bien de familia en caso de supervivencia de un solo beneficiario”. *La Ley D* (1986): 357 (LL 1986-D, 357).

Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2014.

Lloveras, Nora. “La protección constitucional de la vivienda familiar”. En *La Ley E* (1993):812, (LL 1993-E-812).

Maffía, Osvaldo J. “Un límite a la intangibilidad del bien de familia en la quiebra”, *Rev. de las Sociedades y Concursos* 6 (2000): 49.

Medina, Graciela, “Hipoteca. Bien de familia y viviendas protegidas por inembargabilidad establecida por ley 22.232”. *La Ley Suplemento de Concursos y Quiebra*, Año 2, nro.11 (diciembre 2010).

Molina Sandoval, Carlos A. “Inejecutabilidad de la vivienda familiar” en LL del 5/9/2016.

Molinario, Alberto D. “Protección de la vivienda familiar. El derecho de habitación del cónyuge supérstite (art. 3573 bis, cód. Civ.)”. En *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, T. II*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000.

Moro, Carlos E. “Quiebra y Bien de familia”. *El Derecho*, nro. 162 (2005): 983

Novellino, Norberto José. *Los alimentos y su cobro judicial*. Rosario: Nova Tesis, 2000.

Pandiella, Juan C. Desafectación o inoponibilidad del bien de familia en LLLitoral (mayo 2010), 373-DFyP

Peralta Mariscal, Leopoldo. *Régimen del bien de familia*. Buenos Aires: Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005.

Peralta Mariscal, Leopoldo L. “Algunas cuestiones en torno a la difícil convivencia entre la quiebra y el bien de familia”. En *homenaje al Dr. Julio César Rivera "Protección Jurídica de la Persona"*, coordinador Darío J. Graziabile. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2010.

Pigretti, Natalia. “Régimen del bien de familia -generalidades- principal implicancia sobre las deudas impositivas”. *El Dial DC8C*.

Porcelli, Roberto José. “El Bien de familia y la quiebra: alcance del régimen de amparo en el procedimiento concursal.”. *La Ley B* (1989): 734 (LL 1989-B, 734).

Raiseberg, Claudia. “Bien de Familia y pasivo falencial compuesto por acreedores anteriores y posteriores a su inscripción. Un dictamen novedoso”. *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación*, 198 (2002): 399; 403.

Rivera, Julio César, Gustavo Giatti y Juan Ignacio Alonso. “Bien de familia y quiebra”. *Rev. Derecho de Familia. Lexis Nexis*, nro. 32, (2005): 115.

Rivera, Julio C. “La necesaria Reforma del Derecho Privado Patrimonial”, en libro homenaje al referido autor *Protección Jurídica de la Persona*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2011.

Rivera, Julio C. y Medina, Graciela. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2015

Rosenbrock Lambois, Javier. “El bien de familia y la quiebra”. *Doctrina Judicial*, vol. 2009-42 (2009): 2945; 2949.

Rouillon, A. N. *Régimen de concursos y quiebras*. Buenos Aires: Astrea, 1998

Solari, Néstor E. *Desafectación del bien de familia en un caso de quiebra*. *Doctrina Judicial*, vol. 3 (2009): 2819 a 2823.

Tanzi, Silvia Y. “Los límites de aplicación del derecho real de habitación”, LL 1998-F, 12

Villoldo, J. Marcelo. “Diversos enfoques ante la quiebra del constituyente de un bien de familia, en La tutela de los acreedores en los procesos concursales”. En *La Tutela de los Acreedores en los procesos concursales*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2006.

Venica, Oscar. *Inembargabilidad de la vivienda única. Ley 8067*, Córdoba: Lerner, 1992

Zannoni, Eduardo A. “El derecho real de habitación conferido al cónyuge supérstite por el art. 3573 bis del Código Civil”. *JA*, 1976-III, 95.

Jurisprudencia

CSJN, "Jaralambides, Teófilo c/ Pereyra Rocha, Irma", 30/10/86. En *JA*, 1989-I-790.

CSJN, “Magnasco de Bicchi, María Cristina y otro c/ Lavagnino Tschirch de Magnasco, Angélica”, 1/9/1987.

CSJN, “Rospide, Oscar y otra s/quiebra”, 15/8/95.

CSJN, “Banco del Suquía S.A. c. Juan Carlos Tomassini s/ P.V.E –ejecutivo-
apelación recurso directo”, 19/03/2002.

CSJN, “Baumwohlspiner de Pilevski, Nélida s/ quiebra”, 10/4/2007. En Suplemento
La Ley

CSJN, “Perini, Eduardo Orlando s/quiebra”, 19/5/2009. En DJ 2/10/2009, 2820, en
LLOnline: AR/JUR/10701/2009

CSJN, “Romero, Carlos Ernesto c. Lema, Andrés Fabián”, 23/6/2009. En LL 2009-
E, 68.

CSJN, “Rechou, Diego c/ Czyzyk, Norma Lidia. Ejecución hipotecaria”. Causas C.
94.032

CSJN, “Zella, Raimundo Ciro c/ Ter Akopian, Arturo Diego y otra. Ejecución
hipotecaria”. C. 97.043

CSJN., “Inalpa Industrias Alimenticias Pavón Arriba S.A. c/ Litovich, Héctor Fabian
y otro. Ejecución hipotecaria”. C. 99.406

CSJN., “Quiroga, Julio Ismael y otro c/ Arias, Mario Osvaldo y otro. Ejecución
hipotecaria”. C 89.562

CSJN, “International Trade Logistic c/ Tevycom Fapeco S.A. Incidente de revisión
en autos: Tevycom Fapeco S.A. s/ concurso preventivo”. C 93.176

CSJN, "Nimichinitzer de Len, Alicia c/Len, Alfredo". *Fallos* 284:50

CSJN, "Tiscornia, Ignacio Angel c/Weinberg, Roberto". *Fallos* 293:660.

CSJN, “Jaralambides, Teófilo Lucio c/Irma N. Pereira Rocha de Jaralambides.”.
Fallos 308:2073.

SCJN, “Rodríguez, Armando c. Carrizo, José A.”, 10/9/985, en LL 1986-A, 545. En
LLOnline: AR/JUR/1617/1985.

SCBA, “Calvo, José Norberto y Arrechea de Calvo, Toribia s/ Sucesión ab intestato
y testamentaria”. En AyS 1987-I-9, DJBA 1987-133, 106.

SCBA, “Villa, Carlos A. c/ Maxuel, Williams s/ Ejecutivo“, 31/3/1992. En DJBsAs
143, 267

SCBA, “Villar, Carlos A. y otro c/ Curieses, Héctor A. y otra s/ cobro ejecutivo. Incidente de levantamiento de embargo“, 10/12/1992. En Ac 50324 S, AyS 1992 IV, 475.

SCBA, “Peris, Gustavo Juan y Peris, Rafael s/ quiebra“, 15/8/1995. En Ac 50827 S.

SCBA, “Ferrari, Aymar Lorenzo s/ Concurso preventivo civil (hoy s/quiebra)“, 27/4/1999. En Ac 63790 S.

SCBA, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Puyella, Héctor Daniel y otras s/ ejecución hipotecaria“, 13/9/2000. En Ac 73811 S.

SCBA, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Dávila, Ceferino Elmar s/ Ejecución“. En AC 66663 S 23-12-2002, DJBA 165, 29, JUBA.

SCBA, “Lozano, Irma y otros c/ Cooperativa de Vivienda Los Treinta y Seis Ltda. y otros s/ Ejecución hipotecaria“, 22/10/2003. En Ac 82873 S

SCBA, “Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. c/ Abraham, José Luis y Benvenuto de Abraham, María Leonilda s/ Incidente de desafectación –reconstrucción“, 27/10/2004. En Ac 87131 S.

SCBA, “Riera, Aldo R. y otro c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Incidente de inembargabilidad e inejecutabilidad y nulidad de acto jurídico“, 3/10/2007. En Ac 88256 S entre otros.

SCBA, “Erbes, Damián Enrique c/ Molinuevo, Ludovico y otros s/ Daños y perjuicios“, 31/10/2007. En Ac 88169 S.

SCBA, “B., A. F. c/P. d. B. A. s/Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley“, 3/7/2013.

SCBA, “A.G. C. s/ Amparo. Recurso extraordinario de nulidad. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley“, 30/10/2013.

SCBA, “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros c/Segovia, Robustiano y otros s/Reivindicación“, 3/4/2014.

SCBA, “Barengo, Liliana Mercedes y otro contra Coronel, Juan Carlos y otra. Ejecución hipotecaria“, 26/8/2015.

SCBA, “Balint, Roberto Oscar y otro c/ F., G. A. y otros s/Desalojo“, 18/11/2015.

SCBA, “Serial, Sandra contra Luján, Tomasa. Cobro ejecutivo“, 14/12/2016. C 119896 S.

SCJ Mendoza, sala I, “Segura, Julio C. c/ Chirino, Rolando C.”, 24/9/1997. En LLOnline: AR/JUR/3588/1997.

SCJ Mendoza, sala I, “Atuel Fideicomisos S. A. c. Abrego, Juan C.”, 13/5/2002. En LLGran Cuyo: AR/JUR/6/2002.

TSJ, Córdoba, sala Laboral, "Bazan Néstor E. c/ Ramón Ernesto Suarez y otro - Demanda - Recursos de Casación e Inconstitucionalidad", 15/5/2007. En elDial.com - AA3FC5.

CNCiv., Sala B, “Brienza, Alberto D.”, 12/4/1977. La Ley, 1977-C-25.

CNCiv., Sala E, “González Pietro, Andrés, suc.”, 23/10/1978. En ED, 81-749.

CNCiv., Sala C, “Vario de Di Luca, Ciacomina y otros”, 27/7/1978. En ED, 81-364.

CNCom., sala D, “Acón, Felicito El Palacio del Sueño”, 5/3/1979. En LL 1979-B-359.

CNCiv., Sala G, “Ministerio de Justicia de la Nación (Registro de la Propiedad Inmueble)”, 1/10/1981. En ED, 96-639;

CNCiv., Sala C, “Fernández, Maximino y otra suc.”, 31/3/1986. En LL, 1986-D-362.

CNCiv., Sala C, “Savino Norberto E. c. Muello, Inés E.”, 8/8/1986. En JA 1986-IV-628.

CNCom., sala A, “Establecimiento Betedebe c. Tuculet Dumas de Barillatti, Blanca H. y otros”. En JA 1987-IV-127.

CNCiv., sala G, “Martino, Cándido”, 8/10/1987. En La Ley 1988-A, 381 - DJ 1988-2, 381.

CNCom., Sala E, "Colombo, Enrique c/ Del Campo, Jorge", 17/11/1989. En Lexis N° 11/9223.

CNCiv., Sala G, “Calíbrese, Gustavo c. Molina Porta, Audelina s/ cobro de valor locativo”, 4/4/1994. En ED 159-301;

CNCiv., sala K, “M., C. A., suc.”, 23/6/1995.

CNCiv., Sala J, “Mateu de Nogues, Claudia c. Pulian de Simetana”, 28/8/97. En LL, 1998-C-176;

CNCom., Sala A, “Altos Propiedades s/ quiebra”, 8/10/1997. En DJ 1998-2-359

CNCom, Sala E, “Baritello c/ Mammana”, 31/10/1997. En LL 1998-C,498

CNCom, Sala D “Nintesanto c/Montenegro”, 14/5/1998. En LL 1999-C, 392

CNCom., sala E, “Lancuer S.A. c. L., A. H.”, 7/12/1999. En LLOnline AR/JUR/5124/1999

CNCom., sala D, “Silva Vergés P. s/concurso”, 19/2/1999. En LL, 16/5/2000.

CNCom., sala E, “Jarak, Vidoje S/ Quiebra S/ Accion De Revocatoria Concursal (Ordinario)”, 28/2/2000. En elDial.com-AG317,

CNCom., sala D., “Horigian, Alberto G. s/quiebra s/incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble”, 12/3/2001. ED del 22/8/2001.

CNCom., Sala A, “Consortio de Propietarios Fomosa 56 c. Jergis, Samuel J.”, 23/8/2002. En LL 2003-B, 722.

CNCom, Sala C, “Barbutto, Enrique s/ quiebra”, 22/8/2003. En La Ley, 14/1/2004.

CNCom., Sala A, “Rosito, Roberto O. s/quiebra”, 24/8/2004. En Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, 12/10/05.

CNCom, Sala A, "Cooperativa de Vivienda Créd y Acción Productiva Ltda. c/ Tramutola, Andrea C. y otro s/ ejecutivo (inc. de apelación art. 250 CPCC)", 10/10/2005. En DJ 2007-1.

CNCom., sala E, “Pérez de López Silvia Rosa s/ Quiebra”, 20/2/2007. En elDial.com - AA3CFA.

CNCiv., sala E, "C. W., F. A. c. S., A. M., s/I. F.", 28/5/2007. En elDial.com - AA3E60

CNCom., sala C, “Weinstabl, Edgardo Mario c. Pozner, Jorge Alfredo s/ ejecutivo“, 8/5/2009. En elDial.com - AGB2D.

CNCom., Sala B., “Arroyo, Norma Haydee s/ quiebra s/ incidente de subasta (de bienes inmuebles -P. de Melo 2578/80-), 21/5/2009. En elDial.com - AGA88;

CNCom., Sala A, “Banco Río de La Plata S.A. c. Ranni, Roxana”, 13/4/2010. En LLOnline: AR/JUR/21324/2010.

CNCom., sala A, “Reidel, Moises y Farkas de Reidel, Herta”, 16/9/2010. En LL 2010-F, 487, AR/JUR/64816/2010

CNCom., Sala E, “Caldo Adriana Beatriz s/ quiebra (inc. de incorporacion de bienes)”, 15/3/2011. En elDial.com - AA6B80.

CACC, Bahía Blanca, sala I, "Pretracci, Guillermo Primo y otra s/ Concurso preventivo (hoy quiebra). Incidente de declaración de ineficacia", 9/8/1989. En elDial.com - W6907, y en JUBA.

CACC, La Plata, sala III, "Alegre de Sotés, Delia y otros s/Quiebra s/ Incidente de acción revocatoria concursal y cobro de pesos", 19/12/1989. B 65735 RSD-268-89 S -, En elDial.com - W362A.

CACC, San Isidro, "Giuliano, Carlos M. s/ quiebra", 8/5/1990.

CACC, Azul, "Piñel, Jorge L.", 15/4/1992. DJ 1993-I-594

CA2CC, La Plata, sala III, "A., G. B. c. S., C. A. s/ Alimentos-Incidente s/ pedido desafectación bien de familia", 9/2/1993. A 42446 RSD-8-93 S. En elDial.com - W64F2, y en JUBA;

CACC, San Nicolás, sala I, "Sierra Pastor Justino s/ Sucesión ab-intestato", 3/5/1994.

CACC, San Isidro, sala I, "Kipperband", Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires", 3/2/1997. En LL Bs. As. 1997-527; J.A. 1997-III-78.

CACC, Junín, "Casadidio Jorge s/ Quiebra", 4/5/2000.

CACC, Mar del Plata, sala I, "Otero Carmen Raquel c. Teves, Roberto Oscar s/ Incidente desafectación bien de familia", 12/9/2000. 113248 RSD-314-00 S, JUBA;

CACC y Gtías. en lo Penal de Necochea, "Gómez, Horacio R. c. Corapi, Francisco", 29/3/2001. En LL Bs. As. 2001, 980.

CACC, San Martín, Sala I, "Burlato, Jorge s/ quiebra s/ Incidente de realización de bien de familia", 7/8/2003.

CACC, San Isidro, Sala I, "Campos, Martha c. Vega, Raúl Antonio y otra s/ incidente de inoponibilidad de bien de familia", 7/8/2006.

CACC Azul, sala II, "Albornoz, María Edith c. Bocchio, Oscar Rubén", 5/7/2007, En LLBA: AR/JUR/3423/2007.

CACC, San Isidro, sala II, "Corral, Osvaldo s/ quiebra", 19/5/2009.

CACC Necochea, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c. Giglio, Olga Esther y ot.", 10/9/2009. En LLBA 2010 (marzo), 215

CACC, Lomas de Zamora, sala I, "Cardo, Susana Violeta s/ sucesión ab-intestato", 19/6/2015.

CACC, San Nicolás, Sala I, “Pardini, Héctor Almido Hilario c/ Pena, Rodolfo Oscar s/ Cobro Ejecutivo”, 12/05/2016.

CACC de Santa Fe, Sala III, “Metalúrgica Santo Tome SA”, 23/12/1986. Zeus, 45-J-277

CACC, Rosario, sala I, “Arangue, Oscar s/ quiebra”, 6/9/1996. En LLLitoral 1997, 283

CACC de Santa Fe, sala I, “Banco de Santa Fe c. Bordagaray, Rubén G.y otra”, 5/8/2002. En LLLitoral 2003(junio), 623

CACC y Min. Gral. Roca, “Satollo, Evelina B. c. Martínez, Reynaldo”, 2/3/2006. En LLPatagonia 2006, 625

CACCI de Santa Fe, sala I, “Colombetti, Jorge Elvio c. Fabro de Colombetti, Delia M. s/incidente de desafectación de bien de familia”, 8/4/2009. En LLLitoral 2010 (enero, 67).

Cap. de Concepción del Uruguay, sala del Trabajo, “Laval, Jorge Gustavo y otro c. Ahumada, José L. y/u otro”, 15/2/1999. AR/JUR/717/1999.

BUOMPADRE, J. E. (2016). *VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA ERA DIGITAL: MODALIDADES MEDIANTE EL USO DE LA TECNOLOGÍA*. 1ª ED. CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES: ASTREA. 280 P.; 23X16CM

ISBN: 9789877061345

*Gloria Orrego Hoyos**

Jorge Eduardo Buompadre ha escrito un libro lúcido, comprensivo y útil sobre las diversas modalidades que adquiere la violencia de género en la actualidad, cuando el desarrollo social va ligado a las tecnologías de la información y la comunicación.

En la categorización general de la temática, el autor concibe el mundo actual como un mundo de tecnologías cuya forma es dada por las redes sociales y su revolución en el campo de las comunicaciones; la masificación de las tecnologías de la información que

* Es abogada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia (2001). Posee un posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo en Buenos Aires (2010) y una diplomatura en Bibliotecología y Gestión de la Información por la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (UCES) en Buenos Aires, Argentina (2012).

Es miembro de la Asociación Civil de Bibliotecarios Jurídicos, la *American Association of Law Librarians*, y de la *International Association of Law Librarians*, siendo la única representante de América del Sur en esta última organización. En 2011 fue elegida como la primera ganadora latinoamericana de la *FCIL-SIS Schaffer Grant for Foreign Law Librarians*, y en 2012 de la *IALL Economic Bursaries for Foreign Law Librarians*.

Durante el año 2010 fue responsable a nivel nacional del Observatorio de Sentencias, perteneciente al Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Ha trabajado en la implementación del Servicio de Descubrimiento World Cat Local en la Biblioteca de la Universidad de San Andrés; y, en el diseño de las reservas de cursos de dicha Universidad. Desde el año 2016 se desempeña como parte del *Board of Directors* de la *IALL*, en donde preside el Comité de asuntos educativos de aquella institución. Es experta país para Argentina y Colombia para las bases de datos *GlobaLex* de *New York University School of Law* y *Foreign Law Guide (FLG)* de Brill Publishers. Es consultora permanente para el Desarrollo de la Colección en temas legales de la región latinoamericana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en diferentes instituciones académicas, judiciales y gubernamentales en diversos países del mundo.

Durante 10 años trabajó en la Biblioteca Max von Buch de la Universidad de San Andrés en Buenos Aires, donde coordinó el servicio de Referencia Jurídica en temas legales internos y externos; entre otras tareas. Se mantiene como profesora de metodología de la investigación jurídica en el Departamento de Derecho de esta institución.

Es consultora para la interfaz en español de la base de datos estadounidense *Hein Online* y la británica *Justis*. Ha sido invitada como docente en Argentina y en otros países de la región y ha sido capacitadora para proyectos específicos en organizaciones no gubernamentales, en el Poder Judicial, diversas bases de datos corporativas y asociaciones docentes en la Argentina. Se desempeña actualmente en la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación.

Es profesora por la Universidad de San Andrés, en donde dicta el curso “Técnicas de búsqueda y análisis de jurisprudencia y legislación nacional y extranjera”.

produce una profunda brecha generacional que afecta directamente al derecho y demás disciplinas sociales, y que convierte los tradicionales problemas regidos por el derecho penal en problemas difíciles de dimensionar, particularmente cuando la criminalidad toma forma en algún soporte informático.

El libro apunta, principalmente, a lectores de la disciplina jurídica, pero no por ello excluye a otras disciplinas, ya que el lenguaje utilizado es llano y cuenta con ejemplos que resultan fáciles de comprender. Lo que deriva en una estructura maravillosa por su minuciosidad, atractivo a apreciar por parte de un estudiante avanzado o investigador experimentado. Así se puede palpar en cada uno de los 3 capítulos y sus apartados, que proporcionan información detallada esencial para un proceso de investigación o de estudio en la temática sumamente actual de la violencia de género, y de los asuntos informáticos de interés para el derecho penal.

Ahora bien, para desarrollar la idea de la afectación de las relaciones personales por los avances científicos en los términos de la temática principal del trabajo, es decir, la violencia de género, Buompadre, en el primer capítulo, clasifica el análisis a partir de 5 variables: la intervención penal en la sociedad del riesgo; las nuevas tecnologías frente al acoso sexual a menores; la delimitación del acoso como una situación de violencia contra la mujer; la violencia sexual contra las mujeres como construcción sociocultural y, finalmente, la agresión sexual como violencia de género.

La primera variable es la concepción de la sociedad del riesgo como una sociedad caracterizada por su complejidad y transnacionalidad, acosada principalmente por el avance imparable de la tecnología moderna, que produce riesgos artificiales (producto de la creación humana), no individuales (sustituyéndose por contextos colectivos de acción) y con una intensa sensación de inseguridad subjetiva. En respuesta a tal cambio ambiental colectivo, le agrega el riesgo que corren en particular los niños, niñas y adolescentes en el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) donde comparten el mismo escenario (Internet) que facilita la comisión del delito, profundiza el anonimato y el ocultamiento de los crímenes contra los menores.

Luego, su análisis pasa por el fenómeno del acoso, en particular del acoso sexual contra las mujeres, que ha dejado de ser una cuestión privada para convertirse en una problemática con una verdadera dimensión social, que requiere de visibilización y tipificación autónoma. Siguiendo esta línea, analiza la violencia -de carácter sexual- contra las mujeres como una construcción sociocultural a partir de los diferentes

postulados feministas, la historia de la lucha contra la violencia de género, los esfuerzos internacionales por definirla, evitarla y erradicarla y la necesidad de abordar normativamente el acoso, no como una modalidad de agresión, sino una forma específica de violencia contra la mujer.

En el segundo capítulo, el autor trabaja el problema conceptual del bien jurídico protegido en las diferentes modalidades de acoso. Dichas modalidades comprenden desde la problemática de la indagación respecto de los tipos penales en los delitos sexuales, la intervención del derecho penal en la vida de los individuos de una sociedad y hasta las construcciones democráticas de los bienes jurídicos a proteger por el derecho penal.

Al momento de armar el análisis en foco a los delitos sexuales, el estudio parte de la experiencia del derecho penal español, para llegar al análisis del mismo en nuestro país. Se trabaja entonces la obra bajo los términos de honestidad y de moralidad sexual, entendidos en sus diversas acepciones a lo largo de los años, haciendo una crítica a las dificultades que dichos términos significaron en el pasado para la determinación del bien jurídico protegido y de este modo, de la definición del tipo penal. Continúa entonces con el análisis de los conceptos libertad sexual o indemnidad sexual, que pasaron a definir los delitos sexuales basados en el respeto a la libertad de determinación de los individuos en materia sexual, sosteniendo que deberán estar siempre enmarcados por una “sociedad laica y pluralista [...] como fundamento sobre el que se asienta el orden público y la paz social” (pp.80).

El tercer capítulo, que comprende la mayoría de texto en la totalidad de la obra, introduce las particularidades de las nuevas modalidades de acoso, comenzando por precisar la definición del acoso sexual, que toma prestado del derecho español, como un tipo penal autónomo. Posteriormente, pasa al análisis del acoso en el trabajo o *mobbing*, entendiéndolo como “una causa de discriminación [y] un problema social cuya génesis se traduce en un hecho de violencia de género” (pp.116). Encuentra problemático a nivel definitorio y de adecuación típica la conducta presente en el *mobbing* principalmente por el concepto del elemento intencional, que considera, debe dejarse fuera de la definición del tipo para facilitar la acreditación de la prueba en el proceso judicial y no dejar en cabeza del trabajador, la obligación de probar la específica intencionalidad del acosador. Trabaja además de forma breve, otros tipos de acoso a partir de la experiencia española, como el acoso inmobiliario o *Blockbusting*, el acoso sexual del funcionario público y el *sexting*, siempre desde la perspectiva de la violencia de género.

En simultáneo, se explica con detalle los casos de acoso escolar o *bullying*, los actos repetitivos de hostigamiento o *stalking*, la pornografía infantil y el *grooming*. En todos los casos el estudio incluye la perspectiva extranjera (principalmente de las normas españolas y algunas otras europeas), argentina y latinoamericana. En cada apartado en particular incluye ejemplos reales (tomados de elementos noticiosos) de las diversas situaciones de acoso estudiadas y las iniciativas a nivel de derecho internacional por prevenir y sancionar dichas conductas.

No se entiende la decisión del autor de dedicar las últimas páginas de la obra al lamentable fenómeno de la mutilación genital femenina; haciendo un análisis sociodemográfico y con algunas referencias a normativa africana y europea. Si bien el tema definitivamente es parte del fenómeno de la violencia de género, no se advierte la relación con el análisis de la temática del uso de la tecnología.

Finalmente, se extraña la referencia a jurisprudencia argentina de la construcción judicial del análisis e interpretación de la normativa penal respecto de las conductas trabajadas durante la obra.

A pesar de estas últimas reservas menores a la estructura del material, el libro *Violencia de género en la era digital: modalidades mediante el uso de la tecnología* de Jorge Eduardo Buompadre, es un texto actual, comprensivo y muy bien escrito que sin duda recomendaría para la enseñanza, la investigación o el ejercicio profesional.

**HERRERA, ENRIQUE. (2015). *PRÁCTICA
METODOLÓGICA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA****

Gloria Orrego Hoyos[†] y *Andrea Saladino*[‡]

El libro *Práctica metodológica de la investigación jurídica* se ha convertido en un clásico dentro de los materiales referidos a la temática en el área del derecho. Está armado con la finalidad de servir como base a quienes se inician en el campo de la investigación jurídica: estudiantes y jóvenes profesionales, buscando desmitificar la investigación vista tradicionalmente como innata a el ejercicio profesional, para posicionarla como una condición especial de este ejercicio.

* 4ta Reimpresión de la Primera Edición de 1998, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea. 336 P.; 23x16cm. ISBN: 9505085087 Precio en www.astrea.com.ar \$ 900 (tapa rústica).

† Es abogada por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia (2001). Posee un posgrado en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo en Buenos Aires (2010) y una diplomatura en Bibliotecología y Gestión de la Información por la Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales (UCES) en Buenos Aires, Argentina (2012). Es miembro de la Asociación Civil de Bibliotecarios Jurídicos, la American Association of Law Librarians, y de la International Association of Law Librarians, siendo la única representante de América del Sur en esta última organización. En 2011 fue elegida como la primera ganadora latinoamericana de la FCIL-SIS Schaffer Grant for Foreign Law Librarians, y en 2012 de la IALL Economic Bursaries for Foreign Law Librarians. Durante el año 2010 fue responsable a nivel nacional del Observatorio de Sentencias, perteneciente al Equipo Latinoamericano de Justicia y Género. Ha trabajado en la implementación del Servicio de Descubrimiento World Cat Local en la Biblioteca de la Universidad de San Andrés; y, en el diseño de las reservas de cursos de dicha Universidad. Desde el año 2016 se desempeña como parte del Board of Directors de la IALL, en donde preside el Comité de asuntos educativos de aquella institución. Es experta país para Argentina y Colombia para las bases de datos GlobaLex de New York University School of Law y Foreign Law Guide (FLG) de Brill Publishers. Es consultora permanente para el Desarrollo de la Colección en temas legales de la región latinoamericana y del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en diferentes instituciones académicas, judiciales y gubernamentales en diversos países del mundo. Durante 10 años trabajó en la Biblioteca Max von Buch de la Universidad de San Andrés en Buenos Aires, donde coordinó el servicio de Referencia Jurídica en temas legales internos y externos; entre otras tareas. Se mantiene como profesora de metodología de la investigación jurídica en el Departamento de Derecho de esta institución. Es consultora para la interfaz en español de la base de datos estadounidense Hein Online y la británica Justis. Ha sido invitada como docente en Argentina y en otros países de la región y ha sido capacitadora para proyectos específicos en organizaciones no gubernamentales, en el Poder Judicial, diversas bases de datos corporativas y asociaciones docentes en la Argentina. Se desempeña actualmente en la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia de la Defensoría General de la Nación. Es profesora por la Universidad de San Andrés, en donde dicta el curso “Técnicas de búsqueda y análisis de jurisprudencia y legislación nacional y extranjera”.

‡ Licenciada en Bibliotecología y Documentación por la Universidad del Museo Social Argentino, posee una especialización en Organizaciones de la Sociedad Civil por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, y se encuentra actualmente completando una maestría en Bibliotecas y Servicios de Información Digital en la Universidad Carlos III (España). Actualmente ocupa el cargo de Directora en la Biblioteca Max von Buch de la Universidad de San Andrés, Buenos Aires.

Enrique Herrera propone un análisis, a lo largo de diez capítulos, del método de investigación en el campo científico en general y aplicado a la disciplina del derecho en particular. Su estudio comienza desarrollando algunas nociones básicas del conocimiento científico y sus métodos (la relación gnoseológica, la técnica científica y la diferencia entre las ciencias formales y fácticas), que luego aplica al derecho y la ciencia jurídica. Propone definiciones básicas sobre la historia y sociología del derecho, la investigación dogmática y exegética y la técnica jurídica, su interpretación y análisis de la injusticia, la ilegalidad, la arbitrariedad y la inconveniencia de los materiales legales.

En el segundo capítulo se refiere específicamente a la disertación jurídica, entendiéndola como definida por su finalidad y métodos empleados, desarrollada “en un tema científico en forma sistemática y razonadamente, con la finalidad explícita de exponerlo para alcanzar conclusiones teóricas o prácticas que se considera resuelven la cuestión de una manera racional” (pp. 25). Expone los diversos tipos de disertación, clasificándolos de acuerdo al marco en el que se insertan (académico o profesional) y al tipo de trabajo resultante (ensayos y trabajos menores, tesis de grado, artículos y obras monográficas, relatos y ponencias y trabajos de mayor espectro como compendios y manuales de estudio). Finaliza este capítulo con la presentación de las fases de investigación que serán desarrolladas por los capítulos siguientes: la prospección, la planificación, la erudición, la reflexión y la exposición.

Dedica el tercer capítulo entonces a los trabajos preparatorios, definiéndolos como la etapa de la “prospección” y dividiéndolos en cuatro etapas fundamentales: la elección del tema, la exploración del terreno a investigar, la idea o directriz del trabajo y la construcción del proyecto de investigación como tal. Cada etapa es trabajada con detalle y minuciosidad abordándolos desde el trabajo práctico a través de ejemplos y modelos.

A continuación, Herrera trabaja la etapa de la planificación a través de la presentación de la estructura de la investigación. Esta etapa está desarrollada por los capítulos cuatro, cinco, seis y siete. Presenta la estructura de la investigación en primer lugar, en el capítulo cuatro, a partir de un modelo teórico que contiene un plan de investigación y un plan de exposición; sin embargo, es este último el que trabaja con detalle a partir de los principios lógicos de la planificación y la estructura de la exposición.

El capítulo cinco, por su parte trabaja la búsqueda e inventario de las fuentes del conocimiento. Es este, en nuestra opinión, uno de los mejores aportes del libro a la disciplina jurídica, ya que hace una muy buena introducción a los distintos tipos de

fuentes primarias y secundarias, y una detallada descripción de las fuentes del conocimiento jurídico y las fuentes del derecho; algo raro en la educación formal de la carrera de abogacía.

Del mismo modo, el sexto capítulo continúa el análisis ya no de las fuentes como tales, sino de la evaluación de la información encontrada, los documentos básicos y su utilización y la clasificación sistemática del material. Este último punto ofrece el antiguo sistema de estudio de fichas de reenvío, planteándolo como una forma novedosa de clasificación y evaluación de los materiales.

El capítulo siete "Informática e investigación jurídica", cierra la etapa de la planificación, pero lamentablemente ha quedado desactualizado respecto de las descripciones que brinda sobre lo que es un email o la www, y los sitios que compila tanto en Argentina, con información desactualizada del SAIJ, por ejemplo, o brindando páginas web que ya no están disponibles. Sería hoy en día importante editar esta información y mencionar cómo reconocer fuentes (en línea) confiables de otras que no lo son.

La etapa de la reflexión es presentada como "consideraciones personales" de la investigación. El capítulo ocho está dividido en tres partes: formas de explicación, procedimientos del conocimiento y las consideraciones críticas. Este capítulo resulta bastante teórico en comparación con la naturaleza práctica de los anteriores abordajes de la monografía. Ofrece también una evolución de las fichas de reenvío llamándolas "fichas de comentario" y considerándolas definatorias para la redacción de la obra.

Finalizado este análisis, el capítulo nueve trabaja la redacción de la obra, identificándola con la etapa de la exposición. Es un capítulo de índole práctico, lleno de consejos útiles para las primeras investigaciones de estudiantes y jóvenes profesionales, el desarrollo de las disertaciones (su contenido puntual: técnicas de inclusión de paráfrasis, citas literales, expresiones en idioma extranjero, etc.), las notas y el análisis de la primera versión de la obra.

El libro cierra (décimo capítulo) con las tareas finales para la culminación del trabajo: el perfeccionamiento del texto, los complementos y la versión final. Este último capítulo ofrece multiplicidad de técnicas y ejemplos para la conclusión del trabajo investigativo, posicionándose como el capítulo cinco, como un gran aporte no sólo para la culminación del trabajo investigativo en derecho, sino para la escritura de diferentes materiales académicos y profesionales.

Enrique Herrera y su *Práctica metodológica de la investigación jurídica* tiene mucho para ofrecer a la práctica investigativa en derecho, por lo menos en su estructura teórica. Sin embargo, necesita una actualización en los términos de técnicas y tecnologías disponibles para la pesquisa y análisis de los materiales jurídicos. Aun así, es de destacar que como este, hay pocos materiales en la Argentina y solo algunos en la región.

Otras obras similares:

En Argentina

- Ghersi, C. A. (2004). *Metodología de la investigación en ciencias jurídicas: La investigación científica desde el saber epistemológico, metodología de la investigación científica, ciencia o cibernética del derecho?, la investigación científica del derecho a través de las religiones*. Buenos Aires, Arg: Ediciones Gowa Profesionales.
- Lariguét, Guillermo (comp.) (2016). *Metodología de la investigación jurídica: Propuestas contemporáneas*. Córdoba, Arg: Editorial Brujas.

En México

- Arango, C. J. C., Luna, L. M., & Zúñiga, O. A. V. (2015). *Manual para la elaboración de proyectos de intervención jurídica*.
- García, F. D. (2016). *Manual para la elaboración de tesis y otros trabajos de investigación jurídica: Normas básicas de estilo y redacción para investigadores del derecho*. México: Porrúa.
- Carrillo Mayorga, José (2016). *Metodología de la Investigación Jurídica*. México, Editor Flores.

En Perú

- Palacios, V. J. J., Romero, D. H. E., & Ñaupas, P. H. (2016). *Metodología de la investigación jurídica: Una brújula para investigar en ciencias jurídicas y redactar la tesis*.
- Fernández, F. M. A., Urteaga, C. P., Verona, B. R. A., & Pontificia Universidad Católica del Perú. (2016). *Guía de investigación: En derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Vicerrectorado de Investigación. Dirección de Gestión de la Investigación. Departamento Académico de Derecho. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica.

En Chile

- Alvarez, U. G. (2002). *Metodología de la investigación jurídica*. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.