

# Papeles .17

## DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

PUBLICACIÓN SEMESTRAL · AÑO 6 · NÚMERO 17 · 2016

SANTA FE, ARGENTINA · [ ISSN 2591-2852 ]

**1** ANÁLISIS Y PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA ARGENTINA SOBRE REFUGIADOS **MARISA GABRIELA ALZAMENDI** · **2** EL ROL DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES PARA LOS ADULTOS MAYORES **MARÍA CELESTE CÓCERES / MARÍA VIRGINIA GAZZO BOERO / CRISTINA ESTER MARZIONI / SOFÍA CLARISA MARZIONI / MARÍA JOSEFINA PAVIOTTI** · **3** EL DERECHO A DEFENDERSE DEL FEMICIDIO: LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA **ALEJANDRA C. DEL RÍO AYALA / MARÍA NOÉ GONZÁLEZ IGARTÚA / MARIA PAULA SPINA** · **4** LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: UN MANIFIESTO JURÍDICO **CRISTIÁN GIMÉNEZ CORTE** · **5** DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO. REVISITANDO EL PLENARIO “CIVIT”, MÁS DE VEINTE AÑOS DESPUÉS, A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL **RODRIGO MARTÍN PELLEJERO**



## NOTA EDITORIAL

---

La publicación periódica *Papeles del Centro de Investigaciones* tiene como objetivo promover y divulgar la actividad científica surgida en el ámbito académico del Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, en particular y en la comunidad académica, en general. Desde su creación hasta el día de la fecha se han editado dieciséis números en cinco series. En esta nueva serie, número seis, se presentan de forma conjunta todos los artículos de la Revista en un tomo único. Los trabajos seleccionados han sido aprobados a través del sistema de referato externo bajo el procedimiento de doble ciego, manteniendo la revista adecuada a los estándares de calidad aceptados por la comunidad científica y los organismos internacionales de medición de la actividad científica.

Ponemos de relieve la importancia de la producción científica para el desarrollo, visibilidad e impacto a los efectos de cumplir con la misión de democratizar el conocimiento producido en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

# 1 ANÁLISIS Y PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA ARGENTINA SOBRE REFUGIADOS

---

Marisa Gabriela Alzamendi

## RESUMEN

La problemática actual del éxodo de personas huyendo de sus países por diversas razones, especialmente de Siria en 2015 motiva el análisis y reflexión sobre la normativa vigente en Argentina en materia de Refugiados. Se postula el análisis de la definición y principios que establece la Ley N° 26.165 denominada "Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado". A continuación se propone una descripción y comparación con los migrantes económicos. A su vez, se destacan los procedimientos administrativos a fin de que los migrantes sean reconocidos en el carácter de "refugiados" por la importancia que tiene dicho status. Finalmente se describe el "Programa Especial de Visado Humanitario para Extranjeros afectados por el conflicto de la República Árabe de Siria" (establecido por Disposición DNM N° 3915/2014, B.O. 21/10/2014), conocido como "Programa Siria".

## PALABRAS CLAVE

Exodo · refugiados · asilados · migrantes · económicos · programa · Siria

## ABSTRACT

The current problem of the exodus of people fleeing their countries for various reasons, especially Syria in 2015 encourages the analysis and reflection on the rules in Argentina on Refugees. The analysis of the definition and principles established by Act No. 26165 entitled "Act of Recognition and Refugee Protection" is postulated. A description and comparison with economic migrants is proposed. In turn, they highlight the administration to ensure that migrants are recognized in the character of "refugees" by the importance of this status procedures. Finally it described the "Special Humanitarian Program for Foreigners Visa affected by the conflict in the Arab Republic of Syria" (established by DNM provision No. 3915/2014, BO 10/21/2014 ), known as "Syria Program."

## KEY WORDS

Exodus · refugees · asylum · seekers and economic · migrants · program · Syria

## 1. Introducción

En estos tiempos en los cuales asistimos a través de los medios de comunicación a un éxodo obligado de personas que se lanzan desesperados a la búsqueda de una nación que les ofrezca la seguridad y posibilidades de desarrollo personal para sí y para sus familias, principalmente desde Siria, que les es negado en sus países de origen, propongo recordar las definiciones clásicas y contemporánea de refugiados, asilados y migrantes económicos, a fin de diferenciar situaciones complejas. A continuación realizaré una breve reseña respecto al tratamiento normativo de esas cuestiones, así como los derechos que ostenta cada categoría jurídica y las connotaciones de “Programa Siria”.

## 2. Desarrollo

### 2.1. Precisiones sobre el “ius migrandi”

Las migraciones humanas son tan antiguas como complejas como fenómeno social y han sido estudiadas desde distintas disciplinas, con diversas miradas. Todas ellas parten del mismo supuesto: los seres humanos nos desplazamos desde un lugar a otro desde la Antigüedad, por diversos motivos y con distintos fines.

Muchas de estas migraciones han sido forzadas y otras fueron, son y serán de carácter voluntario. En el presente trabajo, se hará un análisis de términos que tienen en común que la movilidad de personas se realiza por motivos ajenos a su voluntad, obligados por la situación de persecución, guerra, discriminación o pobreza que padecen en sus países de origen, nacionalidad o residencia habitual.

El Derecho, como ciencia jurídica, regula estas situaciones pero en el análisis que proponemos hoy, partiremos de la conceptualización de la migración como un derecho humano, que le corresponde a toda persona. Efectivamente, Ángel Chueca Sancho denomina a este derecho “ius migrandi”. Y explica que comprende cuatro grandes derechos. Dentro de ese esquema nosotros destacamos, los que nos parecen más importantes, los cuales son “el derecho a no migrar” y “el derecho a migrar”. “El Derecho a no migrar implica que en los Estados de origen debe lograrse el desarrollo en todas sus dimensiones, alcanzando unas condiciones de vida dignas, que eviten el éxodo masivo de sus poblaciones. La migra-

ción por necesidad es una migración forzada y, por tanto, nefasta, que atenta contra la libertad de la persona. El Derecho a emigrar, corolario del anterior, que supone que cualquier persona debe poder circular de forma voluntaria y libre por todo el planeta. En síntesis se trata de una migración que se realiza por decisión propia, no por necesidad, ejerciendo el individuo su libertad<sup>1</sup>.

El citado autor destaca algo que parece evidente pero que en realidad, su reconocimiento a nivel normativo en Argentina a partir de la sanción de la Nueva Ley de Migraciones N° 25.871, en su art. N° 4, implicó una gran novedad: las personas tienen derecho a migrar. Así como ese derecho le corresponde a toda persona por el solo hecho de serlo e implica la posibilidad irrestricta de desplazarse a través de espacios territoriales que correspondan a diversos países de los cuales no es nacional, también debe reconocerse el derecho a no migrar. Esa falacia de que las personas sólo migran porque lo desean, esconde la realidad tormentosa de los éxodos masivos de personas en condiciones infrahumanas que se ven obligados por diversas circunstancias a abandonar su país de origen o de residencia habitual. Y es allí donde detectamos el segundo derecho que comprende el *ius migrandi*, denominado “derecho a no migrar”; sería deseable no erradicar esas migraciones, sino que los Estados garanticen un nivel de vida adecuado a los nacionales y habitantes de sus respectivos países, a la vez que se fortalezcan los programas nacionales y los acuerdos internacionales para proteger la vida y propiedad de los solicitantes de refugio en los países de acogida.

### 2.1.1. Los migrantes económicos

Los migrantes económicos son personas que voluntariamente deciden mudarse con el fin de mejorar las perspectivas de futuro de sí mismos y sus familias. Por lo tanto, una persona que viaja al exterior para acceder a un puesto laboral más alto que el que tenía, no puede ser considerado refugiado. Diferenciar estos conceptos constituye imprescindible a fin de analizar las causas reales de la movilidad de cada persona o grupo de personas y la protección que requiere cada situación. Citando al Dr. Pablo Ceriani Cernadas

---

1 CHUECA SANCHO, Ángel G.: “*Ius migrandi* y el derecho humano al desarrollo” en *Eikasía. Revista de Filosofía*, II 8 (enero 2007). Recuperado de: <http://www.revistadefilosofia.org> 195

Mientras los países de destino y tránsito no modifiquen sus políticas migratorias de seguridad de carácter, utilitarista y selectivo, y no se enfrenten y erradiquen las causas estructurales por las cuales las personas tienen que abandonar sus países de origen, las escenas que tanto conmovieron se repetirán. Estas causas configuran una extensa lista que incluye, entre otros factores, procesos de asimetría —política, comercial, económica— desigualdad entre y dentro de los países, pobreza extrema, conflictos armados, explotación de recursos naturales por parte de empresas transnacionales que obstaculizan el desarrollo humano, corrupción, violación sistemática de derechos básicos, debilidad de mecanismos democráticos, necesidades de mano de obra barata en países de destino, así como el bajo índice de natalidad en esos mismos países, entre otros motivos.

La combinación de estos factores determina el carácter forzado de la migración de la mayoría de las personas, y sin dudas de todas las que lo hacen en estas condiciones tan riesgosas. Por eso, distinguir entre migrantes y refugiados sólo podría ser válido a los efectos de brindarles las protecciones más adecuadas, pero no para que a unos se responda con protección y a otros con medidas de detención y deportación. El concepto “migrante económico” es sin dudas inaplicable en estos casos y configura un grave reduccionismo que oculta la extrema vulnerabilidad de la situación que lleva a estas personas a salir del país, la que se agrava aún más en el tránsito. La respuesta a estas personas, por ende, deben estar basadas en las normas, principios y objetivos del derecho internacional de derechos humanos, el derecho humanitario y el derecho de refugiados. Sin perjuicio de estos problemas, las preocupaciones centrales están, por un lado, en la tajante distinción entre migrantes y refugiados, lo cual evidencia no sólo el desconocimiento sobre las causas de la migración, sino también lo limitado de las respuestas que se darán a este fenómeno estructural<sup>2</sup>.

### **3. La Normativa Interna sobre Refugiados**

A través de la Ley N° 26.165 denominada “Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado” regula a través de definiciones y principios a quién considera “refugiado” la normativa interna de nuestro país, receptando los conceptos en sentido amplio y restringido de la normativa internacional.

---

2 Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/propuestas-del-acnur-ante-la-crisis-de-refugiados-y-migrantes-en-europa>

En cuanto a quiénes pueden ser refugiados en nuestro país, la Ley recepta la llamada “definición clásica” de refugiado contenida en la Convención de 1951 estableciendo que un refugiado es toda persona que “Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él”.

Asimismo, comprende también a la llamada “definición ampliada de refugiado” extendiendo la protección a toda persona que “ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.

El reconocimiento de la condición de refugiado está dirigido sólo a brindar protección internacional a aquellas que no puede encontrar en su país efectiva protección de sus derechos, que por sus opiniones políticas, raza u otros motivos es perseguido y/o que se encuentran amenazados por conflictos armados o guerras que los obligan a dejar sus países. Esto lo diferencia de los migrantes económicos.

#### **4. Los procedimientos administrativos para determinación y reconocimiento de la condición de refugiado**

Si bien la Ley N° 26.165 recepta también los principios esenciales e inherentes a los derechos de que gozan los refugiados que se originaron en el derecho consuetudinario internacional y luego se plasmaron en el derecho convencional internacional, sólo los mencionaremos como incluidos en la normativa interna: principio de la unidad familiar en la extensión de la condición de refugiado y el principio de prohibición de devolución y expulsión, sin dejar de destacar su enorme importancia como principios rectores de todo el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado y para el trato para con el refugiado y su familia.

Respecto al procedimiento para determinar la condición de refugiado en nuestro país, la Ley N° 26.165 crea la CONARE y le asigna como principales funciones las de resolver, en primera instancia, sobre reconoci-

miento y la cesación de la condición de refugiado (Art. 25, inc. b); resolver sobre el otorgamiento de autorización para las solicitudes de ingreso al país por motivo de reunificación familiar y reasentamiento (Art. 25, inc. c) y convocar a autoridades nacionales, provinciales y municipales a fin de proponer la coordinación de acciones conducentes al cumplimiento de los objetivos de esta ley y en particular, en lo que concierne a la protección de los derechos de los refugiados para acceder al trámite de solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado; la asistencia de los refugiados y sus familiares y su inserción en la vida social y económica del país. (Art. 25, inc. d).

La Secretaría Ejecutiva de la CONARE funciona en el ámbito de la Dirección Nacional de Migraciones y tiene funciones de instruir los expedientes de solicitudes de estatuto de refugiado, mantener entrevistas individuales y elaborar un informe técnico no vinculante respecto de cada solicitud. Previamente a la creación de la CONARE existió un órgano de determinación de la condición de refugiado llamado Comité de Elegibilidad para los Refugiados (C.E.Pa.Re.) creado por Decreto N° 464/1985.

La protección de los refugiados es responsabilidad del Estado. Tienen, en igualdad de condiciones que los nacionales y en cumplimiento del principio de no discriminación, acceso a los servicios de salud y educación públicos y a los programas sociales vigentes.

A su vez, existen programas de asistencia y de orientación a través de diferentes instituciones de la sociedad civil —en algunos casos con apoyo de ACNUR— que se ocupan específicamente de la población de solicitantes de estatuto de refugiado y de refugiados. Tal es el caso de la Fundación Comisión Católica Argentina para las Migraciones (FCCAM), Migrantes y Refugiados de Argentina (MyRAR) y la Asociación Hebrea de ayuda al inmigrante (HIAS). La CONARE, conforme la legislación, tiene la función de proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiado que se hallen bajo la jurisdicción de la República en toda circunstancia, para lo cual está facultada para ejecutar todas las acciones necesarias para velar por el goce efectivo de los derechos de los refugiados y de sus familiares. A su vez, tiene la facultad de convocar a autoridades nacionales, provinciales y municipales a fin de proponer la coordinación de acciones conducentes al cumplimiento de los objetivos de la ley y en particular, en lo que concierne a: 1. La protección de los derechos de los refugiados para acceder al trámite de solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiado; 2. La asistencia de los refugiados y sus familiares y 3. su inserción en la vida social y económica del país.

Cuando una persona solicita estatuto de refugiado es función de la Secretaría notificar a los organismos correspondientes a fin de que se provea al solicitante y su familia la asistencia humanitaria básica que requieran en virtud de su situación económica, en particular en lo que se refiere al alojamiento y el acceso a ayuda alimenticia, salud y educación. Los organismos correspondientes incluyen entidades nacionales, organismos provinciales y municipales de atención social.

Dentro de los principios de protección a los refugiados, es esencial el de ayuda administrativa, que permite garantizar la seguridad y la vida del refugiado dentro del país que le ha brindado refugio ante la imposibilidad o el riesgo que implica para el refugiado o solicitante de refugio comunicarse con las autoridades del país de su nacionalidad para obtener ayuda.

En tal caso, los instrumentos internacionales establecen que cuando para el ejercicio de un derecho el refugiado necesite normalmente de la ayuda de las autoridades extranjeras a las cuales no pueda recurrir, el país de asilo debe adoptar las medidas o disposiciones necesarias para proporcionar esa ayuda o hacer lograr que una autoridad internacional lo haga. De este modo, debe expedir o hacer que bajo su vigilancia se expida a los refugiados los documentos o certificados que normalmente serían expedidos a los extranjeros por sus autoridades nacionales o por conducto de éstas.

La categoría jurídica de solicitante de refugio y refugiado permite tramitar un certificado de residencia precaria. La importancia fundamental de dicha documentación reside en los derechos que ostenta su titular, lo cuales son mayores que los de un migrante en situación regular ya que los habilita para permanecer regularmente, trabajar y estudiar. Si son reconocidos como refugiados tramitan la residencia temporaria, y por ella, obtienen Documento Nacional de Identidad (DNI). También pueden tramitar un documento de viaje, dado que no pueden recurrir a las autoridades del país de su nacionalidad a fin de solicitar un pasaporte. Estos derechos muchas veces les son negados a los migrantes y es por ello que la documentación es fundamental a fin de que puedan desarrollar actividades imprescindibles como trabajar, estudiar y hacer uso de los servicios de salud y marca una diferencia absoluta con la legislación del resto de los países.

## **5. El “Programa Siria”**

La Dirección Nacional de Migraciones, organismo dependiente del Ministerio del Interior y Transporte, informa que se encuentra vigente

el “Programa Especial de Visado Humanitario para Extranjeros afectados por el conflicto de la República Árabe de Siria” (establecido por Disposición DNM N° 3915/2014, B.O. 21/10/2014), denominado “Programa Siria”.

En la implementación del Programa Siria han colaborado distintas organizaciones de la comunidad sirio-libanesa, si bien a través de los testimonios de las primeras familias sirias que han llegado a Argentina, se destaca en Siria se desconoce este Programa que les permitiría venir a nuestro país a través de ese contacto con el “llamante o requirente”.

El “Programa Siria” está destinado a • Personas de nacionalidad siria y sus familiares, independientemente de su nacionalidad. • Personas de nacionalidad palestina: siempre que fueran residentes habituales o que hubieran residido en Siria y recibido asistencia por parte de la Agencia de la ONU “UNRWA” (Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo). El trámite se inicia solicitando un Permiso de Ingreso ante la Dirección Nacional de Migraciones, que al concederlo, habilita a gestionar la visa de ingreso desde cualquiera de los países lindantes o afectados por el conflicto: Arabia Saudita, Egipto, Jordania, Líbano, Turquía e Irak y los países del Golfo Pérsico.

El procedimiento es iniciado por una persona que el Programa denomina “el llamante” o “requirente”. Toda persona que acredite vínculos de parentesco o afectividad con la persona a ingresar puede actuar como requirente, presentado carta de invitación con carácter de declaración jurada, con fundamento en su vínculo de parentesco familiar o de afectividad con los beneficiarios, y asumiendo el compromiso de asistir a los beneficiarios acompañando el proceso de integración. Es importante destacar la amplitud del concepto de vínculo de afectividad: alcanza a toda relación de conocimiento personal pre-existente por cualquier motivo lícito, razonable y justificable (familiar, social, estudio, trabajo, etc.).

La DNM supervisará la documentación presentada y de no surgir impedimentos, emitirá el Permiso de Ingreso que autoriza el ingreso de la persona llamada. Dicha autorización se comunica al consulado argentino donde deberá presentarse la persona llamada para gestionar su visa de ingreso presentando: • Documentación de viaje válida y vigente (Pasaporte o Laissez Passer o similar emitidos por organizaciones internacionales según establecido en el “PROGRAMA SIRIA”).

El “Programa Siria” se encuentra vigente hasta el 21/10/2015. Las personas beneficiarias obtendrán una visa de ingreso al país, que les permitirá gozar de una residencia temporaria por el término de DOS (2) años, prorrogable por un año más. Dicha residencia habilita a la obtención de un

DNI como residente temporario. Al cumplir los TRES (3) años de residencia en el país, las personas ingresadas pueden solicitar su residencia permanente conforme lo establecido en el Artículo 22 inciso c) de la Ley N° 25.871 y su Decreto Reglamentario

La situación de emergencia que afronta actualmente Europa, que este año (refiere al año 2015) ha visto la llegada por mar de 477.906 personas, es principalmente una crisis de refugiados. La gran mayoría de quienes llegan a Grecia y siguen desplazándose a través de otros estados europeos proceden de zonas de conflicto como Siria, Afganistán e Irak. Esta emergencia solo puede abordarse con un enfoque global e integrador, fruto del trabajo conjunto de todos los Estados miembros de la UE.

ACNUR ha reforzado sus operaciones en Grecia, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Serbia y Croacia para ayudar a los gobiernos a cubrir las necesidades básicas de las personas que llegan y transitan a través de estos países. La Agencia de la ONU para los Refugiados ha ofrecido su experiencia y asistencia para el establecimiento y gestión de instalaciones de recepción y registro, así como para el programa de reubicación.

Si bien la opinión del ACNUR es que se trata de una situación de “emergencia” que requiere de los esfuerzos y medidas positivas para la protección e inserción de los refugiados por parte de todos los países de Europa, de manera coordinada y conjunta, y esto es cierto, la historia nos ha demostrado que se trata de una zona altamente bélica que hace ya muchos años que expulsa a sus propios habitantes a diversos puntos del mundo. La práctica humanitaria, solidaria y coordinada de los Estados de acogida y de residencia de familiares de estos refugiados permitiría ahorrar recursos a esos países y dar una respuesta más efectiva a los recién llegados. Incluso podría ser beneficioso su aporte para los Estados de acogida y sin dudas, respetuoso del derecho humano a migrar, que constituye el pilar de la normativa interna en Argentina, mucho más avanzada que del resto de los países del mundo.

## **Conclusión**

Todos los países del mundo se encuentran involucrados en este fenómeno de desplazamiento forzado de personas. Éste requiere un tratamiento completo, solidario e integral centrado en las personas y sus derechos humanos.

La normativa interna en Argentina garantiza que todas las personas que reúnan los requisitos previstos en ella, sean reconocidos como refugiados a través de un procedimiento administrativo respetuoso de los derechos humanos, y que les permita el pleno ejercicio de los derechos que conlleva ese status migratorio en nuestro país. La Ley N° 26.165 recepta las dos definiciones de refugiado, lo cual implica que el Estado Argentino adhiere a tradición jurídica internacional con una visión tuitiva de la situación de dichas personas y de sus familias.

Los estados deben tomar medidas de corto, mediano y largo plazo, basadas en las normas y principios de los derechos humanos, incluyendo el derecho a no migrar, es decir, el derecho de toda persona a gozar de condiciones de vida digna, en igualdad y libertad, en su lugar de origen, así como la igualdad de derechos entre nacionales y migrantes en destino, tal como lo garantiza la ley migratoria Argentina, o estableciendo medidas específicas y oportunas frente a los refugiados Sirios, como el programa de visado humanitario. Muchos de los estados europeos y Argentina también son herederos de los grandes aportes culturales, sociales y económicos realizados por oleadas inmigratorias en el pasado y hoy se requiere que, de manera coordinada y mancomunada, todos los estados tomen medidas que permitan garantizar los derechos de migrantes y refugiados.

## Referencias bibliográficas

- ASA, PABLO Y CERIANI CERNADAS, PABLO. "Derecho de inmigrantes, solicitantes de asilo y refugiados". En *"Derechos Humanos en Argentina"*. Informe 2004. El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Argentina. Ed. Siglo Veintiuno Editores.
- CHUECA SANCHO, Ángel. "Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo", conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Codesarrollo y migraciones. El papel de la cooperación, realizadas por el instituto de Estudios para la Paz Recuperado de: [www.universidadabierta.org](http://www.universidadabierta.org), publicado on line en noviembre de 2006. Véase *Eikasia. Revista de Filosofía*, 118, publicado en enero 2007, recuperado de [www.revista-defilosofia.org](http://www.revista-defilosofia.org).
- "Los derechos humanos y la protección de los refugiados. Módulo auto formativo N° 5, Volumen I". Publicación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. 2008.
- DE LUCAS, J., "Fundamentos filosóficos del derecho de asilo" en *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 2, Número 4, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 23-56.
- <http://www.acnur.org/t3/noticias/noticia/propuestas-del-acnur-ante-la-crisis-de-refugiados-y-migrantes-en-europa> publicado on line el martes 22, septiembre 2015 12:00.
- REVISTA REFUGIADOS N° 136. Año 2007. "¿Refugiado o inmigrante? ¿Por qué importa la diferencia?". Publicación del ACNUR.

## Marisa Gabriela Alzamendi

Abogada egresada de la Facultad  
de Ciencias Jurídicas y Sociales de  
la Universidad Nacional del Litoral,  
Mediadora, egresada del Ce.Ca.Ma.R.Co.,  
Especialista en Derecho Administrativo.  
PEC.

---

### REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Marisa Gabriela Alzamendi

«ANÁLISIS Y PERSPECTIVA DE LA NORMATIVA ARGENTINA SOBRE REFUGIADOS»,  
en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,  
UNL, publicación semestral, año 6, número 17, Santa Fe, República Argentina,  
2016, pp. 11–22.

# 2 EL ROL DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES PARA LOS ADULTOS MAYORES<sup>1</sup>

---

Cristina Ester Marzioni  
comp. èt al

## RESUMEN

Abordamos en este trabajo un análisis del rol del Estado frente a la desigualdad social en una sociedad de y en riesgo, en particular respecto de los adultos mayores. Desigualdad que no es resultado de una única causa sino que es consecuencia de la convergencia de diversos factores: culturales, sociales, económicos, etarios, políticos... Bajo este enfoque y desde la perspectiva de la protección social, indagamos respecto del desafío de integrar a sectores vulnerados, avanzando hacia una reformulación de las funciones de los diferentes niveles de gobierno; poniendo énfasis en la función que le corresponde al Estado, como actor encargado de brindar servicios sociales y eliminar progresivamente la existencia de ciudadanía diferencial. Es decir, avanzar hacia la conceptualización

## ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the role of the state against inequality in a risk society, particularly respect to the elderly. Inequality is not the result of a single cause, but a consequence of the convergence of several factors such as cultural, social, economic, age, political... Under this approach and from the perspective of social protection, we enquire about the challenge of integration of vulnerable sectors of society, moving towards a reformation of the functions of the different levels of government; emphasizing the function of the State, as the responsible for providing social services and for removing the existence of differential citizenship. existence of differential citizenship, i.e., progressing towards the conceptualization of social protection from the point of view of the integrated pro-

- 
- 1 En el marco del CAI+D N° 50120110100364-2013-2016 en ejecución: Un Modelo de Ampliación de Ciudadanía: El acceso a la justicia de los adultos mayores, grupo de y en riesgo, como garantía de igualdad FCJS-UNL, enmarcado en el Programa de Actividades Científico-Tecnológicas (PACT) N° 36 Políticas Públicas de Fortalecimiento y Ampliación de ciudadanía de grupos vulnerables, de y en riesgo: niñas, niños, adolescentes, mujeres y adultos mayores: La incidencia del acceso a la justicia desde la Provincia de Santa Fe aprobado y subsidiado Res. 187/13 CS UNL.

de la protección social, desde un enfoque de derechos de ciudadanía.

Finalmente, y como parte inescindible del reconocimiento de esos derechos de todo adulto mayor, nos abocamos al análisis del acceso a la justicia bajo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha entendido que el derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional requiere de una efectiva tutela judicial que resulte oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento.

tection of citizenship rights.

Finally, and as inseparable from the recognition of these rights of the elderly people, we focus on the analysis of access to justice under the guidelines of the Supreme Court of Justice of the Nation, who understood that the right enshrined in Article N° 18 of the National Constitution requires an effective judicial protection, which would be opportune and would have the potential to permanently resolve the issue submitted to its knowledge.

#### PALABRAS CLAVE

Derechos sociales · ciudadanía · adultos mayores · protección social · acceso a la justicia

#### KEY WORDS

Social rights · citizenship · the elderly · social protection · access to justice

*La ciudadanía ha entrado en contradicción con la igualdad jurídica incluso sólo formal de todos los seres humanos, ...El resultado de esta discriminación jurídica es que ...la ciudadanía se ha transformado en el último privilegio de estatus ligado a un “accident de naissance”, en el último factor de exclusión y de discriminación en vez de, como fue en el origen del Estado moderno, de inclusión e igualdad, en el último vestigio pre moderno de las diferenciaciones personales, en la última contradicción sin resolver con la universalidad de (y la igualdad en) los derechos fundamentales.*  
(FERRAJOLI.1999: 16)

## **1. Introducción**

En la actualidad, los problemas sociales han adquirido una gran complejidad y multidimensionalidad. Una de las problemáticas más preocupantes y acuciantes en la indagación social, es la de las grandes desigualdades existentes, presentadas generalmente en relación con la pobreza<sup>2</sup>, término discutido actualmente.

El concepto de desigualdad social es muy discutido en Ciencias Sociales: existen numerosas corrientes que intentan dar sentido al amplio mundo de estas diferenciaciones. Luis Reygadas, al tratar sobre las redes de la desigualdad, explica cómo, mientras algunos autores se focalizan en el aspecto micro-social de la desigualdad haciendo hincapié en el desarrollo de las capacidades individuales de los sujetos; otros prefieren describir este fenómeno desde el ámbito macro-social, que implica la transformación de las estructuras de posiciones y los mecanismos más amplios de reproducción de cargas y beneficios. El citado autor en su análisis, propondrá una visión superadora a aquellas perspectivas parcializadas

Las desigualdades no son resultado de una única causa, tienen tras de sí, muchas historias en las que han intervenido muchos procesos. Es inútil intentar encontrar un factor que sea el determinante exclusivo de la desigualdad, llámese conocimiento, riqueza o propiedad de los medios de producción

---

2 Según el Informe de Desarrollo Humano de 2014 del PNUD uno de cada cinco habitantes del mundo vive en situación de pobreza o pobreza extrema. Es decir, 1.500 millones de personas no tienen acceso a saneamiento, agua potable, electricidad, educación básica o al sistema de salud, además de soportar carencias económicas incompatibles con una vida digna.

(...) La desigualdad entonces es un fenómeno complejo, hay varios tipos de desigualdades e intervienen en ella distintos tipos de factores<sup>3</sup>.

En sociedades tan complejas como la argentina, sería imposible pensar en la igualdad de condiciones para todos. Sin embargo, la desigualdad a la que nos referiremos tiene que ver con aquellos grupos sociales que se encuentran en situación de vulnerabilidad frente a otros; vulnerabilidad entendida como un proceso que confluye en riesgo o probabilidad de que un sujeto, hogar o comunidad puedan ser lesionados o dañados ante cambio o permanencia de factores internos o externos. Este enfoque analítico permite combinar dinámicamente lo micro-social, lo meso (organizaciones e instituciones) y lo macro-social (estructura social y patrón de desarrollo)<sup>4</sup>.

En particular nos ocuparemos de los adultos mayores, grupo social que consideramos vulnerable, y cuya vulnerabilidad radica en su condición etaria. Como dice Navarro<sup>5</sup>, el envejecimiento es uno de los retos demográficos más importantes en el siglo XXI, centrándose el desafío en cómo enfrentar este reto, a través de la definición de estrategias claras que garanticen un nivel de vida digno para las personas mayores; permitiéndoles favorecerse con el bienestar económico de su país y participar activamente en la vida pública, social y cultural.

En relación al tema demográfico poblacional, según la CEPAL en 2004 un 11% de la población mundial tenía 60 o más años de edad. La transición demográfica se ha producido con gran rapidez, tanto que en la actualidad las personas mayores alcanzan los 810 millones mientras en 1950 apenas alcanzaban 205 millones. Este proceso se va incrementando año a año en forma progresiva y se estima que para el 2050 las personas mayores serán 2000 millones a nivel mundial y superarán en número a los menores de 15 años (UNFPA; 2012).

En Argentina según los datos del último Censo Nacional de Población y Vivienda (2010) las personas mayores de 65 años o más representan un 10,2% de la población total. Santa Fe por su parte constituye una de las provincias del país más envejecidas, con una proporción de adultos

- 
- 3 REYGADAS, Luis. "La apropiación: destejando las redes de la desigualdad." México. Antrophos, Universidad Autónoma Metropolitana. 2004. p.23.
  - 4 EROLES, Carlos (comp.) "Familia y Trabajo Social. Un enfoque clínico e interdisciplinario de la intervención profesional." Buenos Aires. Espacio. 1998. p. 191.
  - 5 NAVARRO, Sandra Huenchuan. "Marco legal y de políticas en favor de las personas mayores en América Latina" en *Proyecto Implementation of the Madrid Plan of Action on Ageing and the Regional Conference on Ageing*. UNFPA. CELADE. División de Población de CEPAL. Vol. 51. United Nations Publications. 2004. p. 10.

mayores de 11,8% (INDEC; 2011-IPEC; 2011; 08). Asimismo se observa que, la población adulta mayor ha crecido notoriamente más que el resto de los grupos etarios. Si el crecimiento total en los últimos 50 años fue del 100,5%, la población de 65 años o más creció un 248,9%, mientras que la población de entre 0 y 14 años aumentó un 66,3%.

En este escenario, la acción del Estado resulta fundamental. La posibilidad de enfrentar los problemas de un número creciente de personas mayores, dependerá en gran medida de la capacidad estatal para generar y aplicar políticas públicas de gran cobertura y buena calidad, especialmente en las áreas de seguridad y asistencia social (Guzmán. 2002). En efecto, una vez que se alejan del mercado laboral las personas mayores establecen un nexo directo y permanente con el Estado. Por tal razón sus condiciones de vida dependen estrechamente de las políticas públicas que éste diseña e implementa<sup>6</sup>.

En este contexto, el estudio de los avances en materia de incorporación de las personas mayores en el marco jurídico y programático de los países de la región, es útil para conocer cómo algunos de ellos están enfrentando el reto del envejecimiento y para orientar a aquellos que aún no lo han hecho o están emprendiendo los primeros pasos al respecto<sup>7</sup>.

Para abordar esta problemática nos focalizaremos en el acceso a los derechos de ciudadanía de los adultos mayores, particularmente en lo que respecta al acceso a la justicia<sup>8</sup>. Para ello, delinaremos porqué consideramos a los adultos mayores como grupo vulnerable; luego realizaremos un recorrido sobre la conceptualización de los derechos de ciudadanía y los debates en torno a esta perspectiva; y finalmente, abordaremos la temática relativa al acceso a la justicia como garantía de igualdad.

---

6 MARZIONI, Sofía Clarisa. "Envejecimiento población y políticas para la seguridad económica de los adultos mayores. Análisis de los instrumentos de las políticas previsionales santafesinas 2003-2014". Tesina final de la carrera Licenciatura en Ciencia Política. FHUC, UNL. Santa Fe. pp. 11/14.

7 NAVARRO, Sandra. Op. Cit. p. 7.

8 En este sentido, el Derecho de la Ancianidad se construye como respuesta a requerimientos específicos de justicia, en virtud de la situación de vulnerabilidad y mediatización que padece el anciano en la época actual. CIURO CALDANI, Miguel Ángel. "Derecho de la Ancianidad" en *Investigación y Docencia*. N° 20. Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. 1992. pp. 39/ss.

## 2. Los adultos mayores, grupo de y en riesgo

Los adultos mayores, en su calidad de seres humanos son titulares de los derechos humanos expresados en innumerables normativas internacionales, principalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) o Pacto de San José de Costa Rica, y el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) para los países de América Latina y el Caribe, los Estados Unidos y Canadá.

Distintos autores (Van Dyke, Taylor, Kymlicka, Young) desde diferentes posiciones defienden la atribución de derechos a ciertos grupos sociales, tales como (...) los viejos, personas que viven en la pobreza y otros. Para estos grupos –sostiene Young– ‘el mero reconocimiento de la igualdad de derechos’ (...) no ha supuesto ningún cambio en su situación de desventaja social, llegado el momento de reconocerles derechos de grupo<sup>9</sup>.

En este sentido insistimos que si bien el reconocimiento de derechos en los adultos mayores tiene que ver con su propia condición de seres humanos existen pocos avances en materia de instrumentos jurídicos y políticas sociales que garanticen la real aplicación de estos derechos y por ende, de su ejercicio efectivo en igualdad de oportunidades, como lo establece el art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional<sup>10</sup>.

Siguiendo esta línea, la mirada está puesta en los adultos mayores porque es un grupo vulnerable per se

...no sólo porque en la vejez se puede experimentar un deterioro económico y de la salud (física o mental) sino también porque es una etapa de la vida en la que se pueden debilitar las redes sociales como consecuencia de la pérdida de la pareja, los amigos,...<sup>11</sup>.

Asimismo la paulatina prolongación de la esperanza de vida y el acelerado incremento de la población mayor han suscitado preocupación por conocer el grado de bienestar al que tienen acceso los mismos; otorgando especial atención a los mecanismos de apoyo social, formales e informales.

9 NAVARRO, Sandra. *Ibidem*. p. 13.

10 Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

11 GUZMAN, José Miguel et ál. “Redes de apoyo social de las personas mayores: marco conceptual” en *Simposio viejos y viejas: participación, ciudadanía e inclusión social*. Santiago de Chile. CEPAL. 2003. p. 13

En muchos países la escasez de los servicios de salud, la reducida cobertura de los planes de pensión y la exclusión del mercado laboral formal alertan sobre la existencia de un segmento de la población envejecida que no tiene acceso a mecanismos institucionales para satisfacer sus necesidades y que aparentemente dependen de su familia para la supervivencia cotidiana, pero también se perciben otras expresiones de las redes sociales de apoyo que ayudan a mantener vínculos afectivos, obtener información estratégica en la vida diaria y, en conjunto, a preservar cierta calidad de vida<sup>12</sup>. “El contexto, al modificar las representaciones sociales de la vejez como las prácticas, construirán a nuestro sujeto dándole nuevos significados...”<sup>13</sup>.

Si estas minorías no se adaptan a los cambios de un mundo global y fragmentado a la vez, surge inevitablemente un término novedoso para el siglo XX: la idea de riesgo, que es esencialmente un problema social<sup>14</sup>. La sociedad del riesgo comienza, donde el sistema de normas sociales de provisión de seguridad falla, ante los peligros desplegados por determinadas decisiones. Los daños atribuibles socialmente son las consecuencias perversas de acciones intencionales, que constituyen un riesgo calculable estadísticamente. En la modernización –para los adultos mayores– este incremento de opciones se realiza a costa de la ruptura de las ligaduras (religiosas, morales y políticas) existentes entre las diversas esferas sociales u órdenes de vida. Todo deviene contingente, probable. Estos peligros han sido producidos. La angustia, la pobreza, la exclusión, la marginalidad, la vulnerabilidad supone ‘hacer frente a la desaparición del otro en cuanto tal’. La miseria puede ser marginada, los peligros no. Y entre ellos se encuentran tanto la amenaza nuclear, como lo más íntimo –el cuidado de un niño o de un anciano–. El punto de sutura, el sentido: es generar esa solidaridad, esa comunidad, esa participación, reconciliación compensatoria entre y con el otro (mujer, niño, pobre, adulto mayor, docente-alumno universitario, autoridades...) y generar una praxis transformadora, donde lo normativo no puede ni debe estar ajeno<sup>15</sup>. En otro sentido es importante “empoderarlos”<sup>16</sup>.

---

12 *Op. Cit.* p. 14.

13 IACUB, Ricardo. "La Postgerontología: hacia un renovado estudio de la gerontología" en *Revista de Trabajo Social de la Universidad Católica de Santiago de Chile* en: <http://www.ricardoaiacub.com.ar/la-postgerontologia-hacia-un-renovado-estudio-de-la-gerontologia-1/>

14 GIDDENS, A. BAUMAN, Z. LUHMANN, N. BECK, U. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo* (Trad. Celso Sánchez Capdequí, revisión técnica de Joesetxo Beriain). Buenos Aires. Anthropolos. 1996. p. 126.

15 MARZIONI, Cristina. LÓPEZ, Liliana. VIDAL, Matilde. "Ciudadanía y Libertad: Fundamentos de Teoría Democrática" en *Revista Nueva Época* N° 6. 2008. pp. 100/101.

16 "El término empoderamiento tuvo repercusión en el siglo pasado para describir un proceso

## 2.1. La protección social y los derechos de ciudadanía

Antes de ahondar en los derechos de ciudadanía es importante preguntarse acerca del concepto de protección social, que ha comenzado a reaparecer como parte del debate político latinoamericano.

Uno de los autores que introduce el concepto de protección social es Esping Andersen: a través de una construcción tipológica intenta dar a conocer diferentes regímenes de bienestar; entendiendo por éstos a matrices institucionales (arreglos, políticas y prácticas institucionales) conformadas por mercado, Estado, familia y comunidad. En dichos regímenes la distribución del gasto público se rige por medio de tres principios: necesidad (modelo liberal), contribución (modelo conservador-corporativo) o ciudadanía (modelo universalista-socialdemócrata)<sup>17</sup>.

Isuani<sup>18</sup>, por su parte, desglosa los conceptos propuestos por Esping Andersen para evaluar los tipos de protección social existentes en Argentina. Identifica tres principios de la política social<sup>19</sup>: a) discrecionalidad (el que da no tiene obligación de dar y el que recibe no tiene el derecho de recibirlo); b) contribución (accede al beneficio quien participa en su financiamiento); y c) ciudadanía (tienen derecho a la política social todos los habitantes de un país en su condición de ciudadanos y ella

---

de cambio político de diversos grupos sociales que reclamaban un mayor espacio de decisiones y reconocimiento social. El término...busca el incremento de la autonomía y del autoconcepto, posibilitando de esta manera el mayor ejercicio de roles, funciones y derechos que pudieron haberse perdido o que quizá nunca fueron posibles." IACUB, Ricardo. ARIAS, Claudia Josefina. "El empoderamiento en la vejez" en *Journal of Behavior, Health & Social Issues*. vol. 2. núm. 2. noviembre-abril, 2010. pp. 25-32. Asociación Mexicana de Comportamiento y Salud, A. C. Distrito Federal, México. <http://www.redalyc.org/pdf/2822/282221720003.pdf>

17 ESPING ANDERSEN, Gosta. *Social Foundations of Postindustrial Economics*. New York. Oxford University Press. 1999. pp. 170/185.

18 ISUANI, Aldo. *El Estado de Bienestar argentino: un rígido bien durable*. Buenos Aires. Mimeo. 2007. p.1.

19 Entendemos por política social a aquellas políticas públicas que tienen un objeto de intervención común, 'lo social'.

*Cuáles son los confines de lo social es, sin embargo, un aspecto tan debatido como históricamente cambiante. Si se toma como parámetro a las políticas públicas que son presentadas como sociales y a las disciplinas académicas que las estudian, en la mayor parte del mundo occidental capitalista contemporáneo se abarca bajo el concepto de política social a todas aquellas intervenciones públicas que regulan las formas en que la población se reproduce y socializa (sobrevive físicamente y se inserta en el mundo del trabajo y en el espacio sociocultural del Estado-nación); y que protegen a la población de situaciones que ponen en riesgo esos procesos. Suelen comprenderse así los grandes universos del empleo, la educación, la salud, los sistemas de seguridad social y la asistencia social. (SOLDANO, ANDRENACCI. 2006:11).*

se financia con los recursos que brindan los impuestos). Para el autor actualmente en nuestro país ya no se estaría dando el punto b) sino que estaríamos en transición al c), en lo que llama sistema semi-contributivo. Ello significa que existen personas mayores que reciben beneficios de la seguridad social sin haber realizado ningún tipo de contribución previa<sup>20</sup> o que incluso, aquellos que acceden a prestaciones habiendo cotizado durante al menos treinta años, también reciben financiamiento a través de otros recursos –en particular, provenientes de lo recaudado a través impuestos-, debido a la llama “tasa de sustitución”, esto es, la relación entre cantidad de activos –aportantes- en relación a los beneficiarios, lo que genera la insuficiencia de los recursos genuinos –provenientes de aportes de los trabajadores y contribuciones de los empleadores– para cubrir el total de las prestaciones.

Como explican Repetto y Dal Masetto<sup>21</sup>, Isuani plantea una relación estrecha entre estos principios y la clásica tipología de Esping Andersen, a saber: a) la discrecionalidad se emparenta con el modelo liberal-residual; b) la contribución se asocia al modelo conservador-corporativo; y c) la ciudadanía se vincula con el modelo socialdemócrata. En este trabajo, nos focalizamos en el último, que presenta el concepto de ciudadanía como eje del sistema de protección social, entendiéndola como la existencia de una igualdad humana básica efectiva, comprensiva de derechos y obligaciones, asociada al concepto de pertenencia plena a una comunidad, basada en la lealtad a una civilización que se percibe como patrimonio común<sup>22</sup>.

En este modelo socialdemócrata, el Estado no es el único actor que interviene frente a las problemáticas sociales, pero es quien ocupa el lugar central en las mismas conforme se dijera anteriormente. La acción del Estado se materializa en políticas sociales a las que entendemos siguiendo a Daniela Soldano y Luciano Andrenacci como:

... aquellas intervenciones públicas que regulan las formas en que la población se reproduce y socializa (sobrevive físicamente y se inserta en el mundo del trabajo y en el espacio sociocultural del Estado-nación); y que protegen a la población de situaciones que ponen en riesgo esos procesos. Suelen com-

---

20 ISUANI, Aldo. “La Política en Balance. Debates y Desafíos Regionales”, XII Congreso Nacional de Ciencia Política, organizado por SAAP, UNCuyo, Mendoza, 12/15-08-2015.

21 REPETTO, Fabián. DAL MASETTO, Fernanda. “Diálogos de protección social. La protección social argentina en perspectiva latinoamericana: retos de inclusión e integralidad”, CIPPEC, CEPAL, Fundación Tzedaká, Universidad de San Andrés, Buenos Aires, 2011, p.15.

22 Concepto elaborado por el equipo investigador CAID 2009-2013.

prehenderse así los grandes universos del empleo, la educación, la salud, los sistemas de seguridad social y la asistencia social<sup>23</sup>.

En esta concepción, las políticas sociales inciden directamente en las condiciones de vida y en la reproducción de grupos sociales<sup>24</sup>.

Volviendo a Repetto y Dal Masetto<sup>25</sup>, ahondar en la conceptualización de la protección social permitirá definir con mayor precisión y más amplia perspectiva temporal, qué rol le toca jugar a cada sector y nivel de gobierno; qué metas son factibles de alcanzar en el corto, mediano y largo plazo; y qué factores estructurales deberán removerse para avanzar en una efectiva protección social del conjunto de los ciudadanos; en especial de los adultos mayores.

En este sentido, consideramos que el desafío es integrar a sectores excluidos, progresando hacia una reformulación de las funciones de los diferentes niveles de gobierno; poniendo énfasis en la función que le corresponde al Estado, como actor encargado de brindar servicios sociales y eliminar progresivamente la existencia de ciudadanía diferencial. Es decir, avanzar hacia la conceptualización de la protección social desde un enfoque de derechos de ciudadanía.

...en esta incipiente construcción de un cierto consenso sobre la importancia de la protección social como modo de repensar conceptual y prácticamente la política social (sin que por eso sea 'toda' la política social), una expresión gana día a día creciente terreno. Es hablar de sistemas de protección social integrales con enfoque de derechos. En este nivel, en general –aún declamativo– la protección social no queda asociada a un sector particular de política (y gasto) social, sino que implica la necesaria articulación de multiplicidad de agencias estatales (de modo tanto horizontal como vertical dentro del aparato (administrativo), así como el involucramiento activo de poderes estatales más allá del Ejecutivo<sup>26</sup>.

23 SOLDANO, Daniela. ANDRENACCI, Luciano. "Aproximaciones a la teorías de la política social a partir del caso argentino", en ANDRENACCI, Luciano (comp). *Problemas de la política social en la Argentina contemporánea*, Universidad General Nacional Sarmiento, Prometeo, Bs. As., 2006, p. 11.

24 CRAVINO, María Cristina. FOURNIER, Marisa. NEUFELD, María Rosa. SOLDANO, Daniela. "Sociabilidad y micropolítica en un barrio bajo planes" en ANDRENACCI, Luciano (comp.) *Cuestión social y política social en el gran buenos aires*, Ediciones Al Margen, Instituto del conurbano, Universidad Nacional de Sarmiento, Buenos Aires, 2002, p. 58.

25 REPETTO, Fabián. DAL MASETTO, Fernanda. *Op. Cit.* p. 52.

26 REPETTO, Fabián. "Protección social en América Latina: La búsqueda de una integralidad con enfoque de derechos" en *Revista del CLAD Reforma y democracia*, N° 47, Caracas, 2010, p.14.

Llegados a este punto, cabe preguntarse entonces, qué implica una visión de ciudadanía social. En este sentido, es importante contemplar el acceso universal a la protección social de toda la población. Como afirma O`Donnell: “Re-conocer a todos, en sus derechos y dignidad, como titulares de ciudadanía y ofrecerles oportunidades institucionalizadas de practicarla”<sup>27</sup>.

De esta manera, la noción de protección social basada en derechos debe guiar las políticas públicas, es decir orientar el desarrollo conforme el marco normativo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, plasmado en acuerdos vinculantes –tanto nacionales como internacionales.

La protección de los individuos aparece como un imperativo de ciudadanía y no sólo como una conquista social o un logro de los gobiernos de turno (CEPAL; 2006). Según Abramovich 2006 los individuos y grupos con necesidades sociales no resueltas son titulares de derechos que obligan al Estado. Esta perspectiva cambia la lógica de los procesos de elaboración de las políticas públicas: se trata de pasar de la concepción de personas con necesidades que deben ser asistidas a sujetos con derechos a demandar determinadas prestaciones y servicios. Hardy; 2006 retoma aspectos de la noción de riesgo desde una perspectiva de ciudadanía y considera políticas de protección social a las acciones deliberadas de defensa ante los riesgos que impiden o limitan el despliegue de los derechos. Estas políticas han dado lugar a distintos sistemas organizados según principios y reglas que cada sociedad conviene políticamente<sup>28</sup>.

En particular destacamos los aportes de Filgueira et ál; 2006 que define a este tipo de universalismo como la política social orientada por la cobertura universal de prestaciones y riesgos esenciales; asegurando el acceso a transferencias, servicios y productos que cumplan con estándares de calidad, otorgados sobre la base de los principios de ciudadanía. Es decir, distanciándose del principio de selección de los beneficiarios de los servicios según prueba de recursos y de necesidad que predominan en la región. Es desde este punto de vista que propone concebir a los servicios sociales como

...‘derechos que a la vez generan deberes’, una política social de universalismo básico que apunta a promover un conjunto limitado de prestaciones básicas, que incluye entre ellas las prestaciones esenciales de derecho uni-

---

27 O`DONNELL, Guillermo. “Derecho a la autenticidad del Estado: ciudadanía y protección de programas sociales” en GÓMEZ-ÁLVAREZ, David (coord.). *Candados y contrapesos. La protección de los programas, políticas y derechos sociales en México y América Latina*, ITESO, Guadalajara, 2009.

28 REPETTO, Fabián. *Op .Cit.* p. 11.

versal, conjunto que variará con las posibilidades y definiciones propias de cada país<sup>29</sup>.

Este tercer enfoque de la protección social (modelo socialdemócrata), que sin duda se encuentra en proceso de construcción y con avances muy variados según la historia y las condiciones de cada caso nacional, va más allá de un foco exclusivo en la pobreza. Está destinado a generar garantías de protección orientadas al conjunto de la ciudadanía (incluyendo por ende a las clases medias) desde una perspectiva de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Implica una protección social como garantía ciudadana e incluye los siguientes elementos:

1. Esquemas de protección social construidos a partir de la noción de ciudadanía social y de los derechos de los ciudadanos.
2. Una orientación universal de la protección social, manteniendo la focalización de las acciones como instrumento para optimizar la distribución de recursos.
3. Una serie de estándares de contenidos, acceso y calidad que se transforman en mínimos sociales.
4. Mecanismos que puedan traducir la universalidad de la protección social a políticas concretas (garantías sociales, universalismo básico, pensiones universales, ingreso mínimo garantizado, etc.), con arreglo a los consensos sociales y políticos de cada contexto.
5. Instrumentos diseñados en función de mejorar la identificación de los riesgos que enfrentan las familias y distintos grupos, fortalecer la acumulación de activos y contribuir a la plena realización de sus derechos, lo cual requiere gestionar la protección social desde una óptica de integralidad y adaptabilidad de sus acciones (ROBLES et al, 2009: 19).

A su vez desde una mirada de género, específicamente referida a las mujeres adultas mayores<sup>30</sup>, se subraya:

...la desarticulación entre las políticas de género, las estrategias de desarrollo y el campo de los derechos humanos no pudo ser superada en los avan-

---

29 REPETTO, Fabián. FILGUEIRA, Fernando. PAPADOPULOS, Jorge. *“La política de la política social latinoamericana: análisis de algunos retos fundamentales y esbozo de sus escenarios sobresalientes”*. Washington DC. Mimeo, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social. 2006.

30 Su referencia cobra significativa importancia debido a que las mujeres tienen una expectativa de vida superior al hombre, lo que se traduce en la práctica en morbilidad para las mismas: viven más tiempo pero en bajas condiciones de vida saludable.

ces registrados en las últimas décadas (...). Es preciso aún que la equidad de género objetivamente se incorpore en su carácter transversal y como concepto teórico-operativo en todas las intervenciones de gobierno, programas y políticas (Gherardi et al, 2008: 5-6).

En este orden de ideas, es importante mencionar la iniciativa de los Pisos de protección social llevada adelante por la ONU liderada por la OIT junto a la OMS, que procura garantizar un nivel básico de protección social enmarcado en los instrumentos de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad de nuestro país. Esto significa el acceso a prestaciones dinerarias y servicios sociales esenciales para aquellos grupos considerados más vulnerables, entre los que incluimos a los adultos mayores.

La nueva Recomendación OIT en materia de Seguridad Social sobre los Pisos de Protección Social<sup>31</sup> parte de la concepción del derecho de la seguridad social como un derecho humano e importante herramienta para prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social, promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género y la igualdad racial. El Piso de Protección Social<sup>32</sup> –Social Protection Floor– puede ser entendido como un conjunto integrado de políticas sociales, diseñado para garantizar a toda persona la seguridad de los ingresos y el acceso a los servicios sociales esenciales; prestando especial atención a los grupos vulnerables y protegiendo a las personas a lo largo del ciclo de vida. Este documento se convierte así en un enfoque nuevo e integral de la protección social centrada inicialmente en las prestaciones básicas, que pueden introducirse de forma gradual y pluralista para responder a las circunstancias concretas de cada país y de acuerdo con la capacidad institucional y financiera existente; adoptando un enfoque holístico de la protección social, con especial atención a los grupos vulnerables. Responde al concepto de protección social entendido como derecho fundamental y universal, abogando por una cobertura al menos con niveles mínimos de protección tanto en su dimensión horizontal (para toda la población), como así también en su dimensión vertical (garantizando progresivamente niveles más elevados de cobertura); elementos consagrados en nuestra CN cuando en el Art.14

---

31 La SPFI fue adoptada por la Junta de Jefes Ejecutivos del Sistema de las Naciones Unidas en abril 2009 en respuesta a la crisis. El Piso de Protección Social fue integrado posteriormente al Pacto Mundial para el Empleo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 2009. El Pacto ofrece un conjunto de medidas políticas concertadas a nivel internacional con el fin de construir un marco orientado hacia el empleo para el futuro crecimiento económico.

32 La expresión pisos de protección social, en plural, hace referencia a la adaptación nacional del enfoque general a las circunstancias específicas de cada país.

bis dispone: El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrán carácter de integral e irrenunciable.

### **3. El acceso a la justicia de los adultos mayores: el reclamo frente a sus derechos ciudadanos vulnerados**

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) reconoce ya desde su Preámbulo que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Establece el derecho a la seguridad social para 'toda' persona –principio de universalidad–, requiriendo la protección contra las consecuencias de la vejez (Art. XVI). Este derecho se garantiza a partir de lo prescripto en el art. XVIII que procura el acceso a la justicia: 'toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos...'

Este acceso a la justicia ha sido considerado desde tres aspectos diferenciados y complementarios entre sí: 1) el acceso propiamente dicho, es decir, la posibilidad de llegar al sistema judicial...; 2) la posibilidad de lograr un buen servicio de justicia, es decir no sólo llegar al sistema sino que éste brinde la posibilidad de lograr un pronunciamiento judicial justo en un tiempo prudencial...; y 3) por último,...es el conocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos, de los medios para ejercer y hacer reconocer esos derechos y específicamente la conciencia del acceso a la justicia como un derecho y la consiguiente obligación del Estado de brindarlo y promoverlo<sup>33</sup>.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) reconoce en su artículo 22 que toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad, especialmente en caso de vejez, para asegurar un nivel de vida adecuado (Art. 25), considerando que 'la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana' (Preámbulo). El derecho a la vejez se estructura también atento los cinco principios básicos (ONU 1991),<sup>34</sup> a los que Ciuro Caldani ha agregado: continuidad vital y privacidad<sup>35</sup>.

33 LARRANDART, Lucila. "Acceso a la justicia y tutela de los derechos ciudadanos" en *El Sistema Penal Argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 201.

34 Independencia, autorrealización, cuidados, dignidad y participación.

35 DAVOBE, Ma. Isolina. "Derecho de los ancianos". Bs.As.-Madrid. Ciudad Argentina. 2002pp. 434 y ss.

En cuanto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se destacan principalmente dos artículos: el 25 de Protección Judicial (que reconoce el derecho de toda persona a un recurso ‘sencillo y rápido’ contra actos que violen sus derechos fundamentales, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones especiales) y el 26, de Desarrollo Progresivo (que plasma en una norma jurídica el principio de la ‘progresividad’, que promueve el avance hacia la plena efectividad de los derechos sociales, e implícitamente implica una no regresividad en la cobertura de las distintas contingencias sociales).

La propia CIDH ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido sostuvo que la obligación de los Estados no es sólo negativa –de no impedir el acceso a esos recursos– sino fundamentalmente positiva de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a los mismos. A tal efecto los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social (Art. 9) basado en la dignidad inherente a la persona humana de donde derivan derechos iguales e inalienables. Albert Noguera Fernández afirma:

El reconocimiento de jerarquía constitucional al PIDESC refuerza la operatividad de los derechos sociales por varias razones: primero, debe tenerse en cuenta la responsabilidad internacional que el Estado asume con la adopción de tal documento ante un eventual incumplimiento de las normas allí establecidas; y, segundo, la sola adhesión a este instrumento comporta la asunción por el Estado de tres obligaciones principales: respetar los derechos protegidos, garantizar el goce y pleno ejercicio de aquellos derechos a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos tales derechos<sup>36</sup>.

También la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (con jerarquía constitucional a partir de la Ley 27.044), establece

---

36 NOGUERA FERNÁNDEZ. “Los Derechos Sociales y la recepción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Derecho Constitucional Argentino” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 11, Julio-Diciembre 2010, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultado el 30-07-2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoSocial/indice.htm?n=11>.

pautas sobre el acceso a la justicia de las personas con discapacidad (en las que virtualmente quedan incluidos los adultos mayores), al determinar que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos (art. 13).

Autores como Lapenta y Dabove afirman al respecto que el Estado Constitucional de Derecho actual, parece haber contribuido de manera decisiva a un cambio de mirada en torno a los sujetos vulnerables del mundo jurídico, priorizando el carácter *iusfundamental* de la responsabilidad jurídica frente a la vejez. Así la vigencia cada vez más universalizada de los derechos humanos, la reorganización de los sistemas democráticos, las nuevas concepciones de la ciudadanía, la consolidación de los fenómenos de integración, el multigeneracionismo, e incluso, la economía postmoderna, entre otras cosas, han contribuido a imponer la necesidad de construir un modelo de Derecho nuevo, superador de los hasta ahora conocidos (Guastini 2001; Alexy 2001; Carbonell 2007)<sup>37</sup>.

Esta concepción ha sido receptada por el Poder Judicial que frecuentemente recurre a los principios rectores emanados de los tratados con jerarquía constitucional, tanto al interpretar como al aplicar el derecho positivo interno, a la luz del fin tuitivo de las normas de Seguridad Social que tienen por finalidad la cobertura de contingencias sociales.

Complementa este contexto las Reglas de Brasilia, que contienen principios de actuación para el acceso a la justicia de los sectores más desfavorecidos de la población, considerando en condición de vulnerabilidad:

...a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Cap. I, Secc. 2<sup>a</sup>)<sup>38</sup>.

Entre las causas de vulnerabilidad se incluye a la edad, afirmando que el envejecimiento

37 <http://www.sis.net/documentos/ficha/201521.pdf>, p. 27.

38 NOGUEIRA, J.M. SCHAPIRO, H. (coord.) *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*. La Plata, Buenos Aires. Librería Editoria Platense. 2012.pp.. 481/482.

...puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia (regla 6)<sup>39</sup>.

Veinte años después de la Asamblea Mundial sobre Envejecimiento Viena, 1982, aparece el segundo texto normativo importante: el Plan de Acción de Madrid de 2002. Estos instrumentos adquirieron únicamente calidad de fuentes formales de “espectáculo o propaganda”<sup>40</sup>; pues se ocupan de consagrar recomendaciones políticas para la acción, dirigidas a los Estados parte.

Los derechos reconocidos y analizados ut supra se profundizan –en palabras de la CSJN– a partir de lo establecido en el art. 75 inc. 23 CN ‘ya que el constituyente reformador de 1994 ha introducido las acciones positivas con el fin de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales y, en lo que respecta a la cuestión en debate, en particular respecto de los ancianos’ (Fallo Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ Reajustes varios (17/05/2005– Fallos: 328:2833))

### 3.1. La experiencia cotidiana de los adultos mayores en el acceso a la justicia<sup>41</sup>

Jubilados y pensionados nacionales gestionan a diario reclamos administrativos y judiciales tendientes a obtener un reajuste en sus haberes previsionales, de modo tal de que los mismos puedan guardar relación proporcional o proximidad con los haberes de actividad; generando un alto número de causas que se tramitan en los tribunales federales de todo el país.

Vale recordar que el procedimiento judicial tiene su inicio luego de que el titular de la prestación ha obtenido una resolución denegatoria de su petición por parte del organismo previsional ANSeS, debiendo indefectiblemente dar comienzo a un juicio de conocimiento pleno ante los juzgados federales. Este trámite se rige por las reglas del juicio ordinario, dado

---

39 *Ibidem.* p. 482.

40 CIURO CALDANI, M. Á.. “Las fuentes de las normas” en *Zeus*, t. 32, pp. D-103 y ss. “Reflexiones sobre las fuentes del Derecho Internacional Privado” en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica de Filosofía Social*, N° 10, 1988, pp. 35 y ss. <http://cepram.org.ar/descarga/andantes/apunte.pdf>

41 Existen otros temas doctrinarios aplicables pero en el presente artículo hemos analizado sólo algunos relacionados al tema previsional.

que la Ley 25488 ha derogado el proceso sumario del CPCCN, el cual estaba previsto originariamente para estas causas por Ley de Solidaridad Previsional (24.463).

Interpuesta la demanda, los beneficiarios deben afrontar un dilatado camino hasta obtener una sentencia de primera instancia que, generalmente hace lugar a su pretensión. Luego el organismo previsional demandado suele interponer recursos de apelación. No obstante ser esto último un ejercicio legítimo de las herramientas procesales de impugnación, lo cierto es que la derivación de tal articulación implica para el actor un aletargado trámite, que culmina vulnerando sus intereses, dado que atenta contra la posibilidad de dar una respuesta a sus pedidos en plazo razonable.

Ahora bien, ¿Se garantiza el efectivo acceso a la justicia a este grupo de adultos mayores? Veamos entonces ejemplos concretos considerando la labor de la jurisprudencia de la CSJN.

En el caso “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSeS s/Acción de Amparo” (CSJN, Fallos, Competencia 766. XLIX,06/05/14), el alto Tribunal, declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la Ley de Solidaridad Previsional, estableciendo que la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra las sentencias dictadas por los jueces federales con asiento en las provincias; siendo competencia de las Cámaras federales que sean tribunal de alzada, en causas que no sean de naturaleza penal de los juzgados de distritos competentes.

En el considerando 15 destaca que el derecho de acceso a la justicia aparece seriamente afectado cuando en una materia tan sensible como lo es la previsional, el trámite ordinario del proceso sin razones particulares que lo justifiquen, se traslada de la sede de residencia del actor. En este sentido, cabe resaltar que la importancia de la proximidad de los servicios de los sistemas de justicia a aquellos grupos de población que se encuentren en situación de vulnerabilidad ha sido expresamente destacada en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Capítulo 11, Sección 4°, pto. 42), manifestando que, el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia consagrado en el artículo 18 de la CN no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento.

El Dr. Bernabé Chirinos nos recuerda que durante la vigencia del Art. 19 de la Ley de Solidaridad Previsional, las sentencias de la Cámara Federal

de Apelaciones de la Seguridad Social, podían ser apeladas ante la CSJN vía recurso ordinario, situación que contrariaba las disposiciones de los Arts. 116 y 117 CN en cuanto al restringido marco de conocimiento del más Alto Tribunal; transformándose de este modo en una tercera instancia, dilatando aún más el proceso.

Fue la labor de la CSJN en autos “Itzcovich, Mabel c/Anses s/Reajustes Varios” del 29/03/2005 la que puso fin a la situación reseñada. Sosteniendo que la experiencia reflejada en las estadísticas demuestra que el organismo previsional no ha utilizado en forma apropiada la vía procesal bajo análisis, ...lo cual ha implicado –por el tiempo necesario para la tramitación y resolución– una injustificada postergación en el cobro del crédito de carácter alimentario que había sido reconocido en instancias anteriores”. Sostuvo que el art. 19 carece de la racionalidad exigida por la ley fundamental y por eso debe declararse su invalidez, toda vez que cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, o bien su aplicación torna ilusorios aquellos de modo tal que llegue incluso a ponerse en colisión con enunciados de jerarquía constitucional, es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo; a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal. Pues precisamente esa función moderadora constituye uno de los fines supremos del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que éste cuenta para asegurar los derechos contra los posibles abusos de los poderes públicos (Fallos 308:857; 311:1937).

El criterio sustentado por el máximo tribunal en el fallo citado, fue plasmado luego en la Ley 26.025 que dejó sin efecto el Art. 19 de la Ley de Solidaridad Previsional; pudiendo en consecuencia recurrirse ante la CSJN solamente vía recurso extraordinario federal. Cabe mencionar también que los arts. 16 y 17 de la Ley de Solidaridad Previsional 24.463 establecían una defensa o excepción que podía invocar el organismo demandado en cuanto a la limitación de sus recursos para afrontar el pago de las sentencias favorables a los peticionantes y los medios de prueba que podía presentar a fin de acreditar tal situación.

Así, en autos “Chocobar, Sixto c/ANSeS s/Reajuste por Movilidad” del 27/12/1996, la CSJN se expidió entendiendo que los jueces debían ponderar las posibilidades financieras de los entes previsionales en cuestiones relativas a reajustes de pensiones y jubilaciones, amparándose también en el Pacto San José de Costa Rica para fundar su decisión. Luego la Ley 26.153 derogó los artículos reseñados deviniendo abstracta toda cuestión relacionada con aquellos.

Importante también fue el aporte de la CSJN, en autos “Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/Reajustes varios (17/05/2005–Fallos: 328:2833), donde ha manifestado que ‘los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la CN (Art. 75, inc. 22). La consideración de los recursos disponibles de cada Estado Arts. 22 Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 Convención Americana sobre Derechos Humanos constituyen una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos; mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (Cfr. Art. 29 de la convención citada). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce efectivo de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria’.

Otra cuestión interesante para remarcar es que las costas en el proceso ordinario se establecen por el orden causado. Es decir, cada parte abona los honorarios de sus respectivos profesionales. Si el jubilado obtiene una sentencia adversa no deberá abonar los estipendios del abogado de la demandada. Si bien han existido planteos de inconstitucionalidad, la CSJN en autos “Flagello, Vicente c/ANSeS s/Interrupción de prescripción” (20/08/2008), sostuvo que: ‘que la ley disponga que las costas se abonen en el orden causado no trae aparejado una lesión a las garantías de igualdad y propiedad, pues el régimen favorece ambas partes por igual....’.

Culminado el proceso judicial conforme la Ley 26.153, el organismo previsional deberá cumplir la sentencia condenatoria en un plazo de 120 días hábiles desde la recepción definitiva del expediente administrativo; pudiendo el Jefe de Gabinete de Ministros disponer ampliaciones o reestructuraciones presupuestarias con el objeto de asegurar el pago en el plazo indicado. Esto se sustenta en el carácter alimentario de los derechos en juego.

Esto nos lleva a sostener que se han demostrado avances en cuanto al reconocimiento de derechos esenciales como lo es el acceso a la justicia, dada labor de la jurisprudencia de la CSJN y la derogación legislativa de normas que dificultaban a este sector de la población hacer valer sus pretensiones con la celeridad que su propia condición exige; al tiempo

que sería alentador que los comportamientos procesales de la demandada ajusten su estrategia al caso concreto, y no a lineamientos generales que responden solapadamente a la disponibilidad dineraria del Estado para afrontar determinado volumen de reclamos judiciales<sup>42</sup>.

#### 4. Conclusión

Ya desde 1957 con la reforma constitucional que incluye el artículo 14 bis en nuestra Carta Magna, el Estado se ha consagrado como garante de la Seguridad Social; rol que se extiende no sólo al reconocimiento de los derechos, sino también a su efectivo ejercicio. El acceso a la justicia es parte inescindible de este empoderamiento. Es un derecho humano fundamental en un sistema democrático que tenga por objeto garantizar los derechos de todos por igual. Cuando otros derechos son violados, constituye la vía para reclamar su cumplimiento ante los tribunales y para garantizar la igualdad ante la ley.

Autoras como Haydée Birgin y Beatriz Kohen han ensayado en su obra: “Acceso a la Justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas”. Buenos Aires. Edit. Biblos. 2006, una respuesta a estos interrogantes, brindan una aproximación conceptual al tema del acceso a la justicia en el marco de la democracia y constituyen un punto de partida, tanto para la revisión de políticas públicas como para la toma de decisiones.

El acceso a la justicia es, sin duda un derecho fundamental con una naturaleza muy particular. No vale más que otros derechos, es cierto; pero sí constituye un medio –El medio– de protección de los mismos. Funciona como un ‘paraguas’ para el resto de los derechos fundamentales: los protege de cualquier acto de cualquier autoridad que de alguna manera los afecte. En este sentido, el acceso a la justicia se vuelve una suerte de garante de los otros derechos, pues representa la posibilidad de reclamar su cumplimiento ante un órgano jurisdiccional. Además es el fundamento constitucional del servicio público de impartición de justicia y perfila la

---

42 Con respecto a los dispositivos técnicos procesales que obstaculizan el acceso a la justicia de los ancianos, consideramos entre los más relevantes al factor tiempo, al monto de lo reclamado, la legitimación para reclamar y los procesos empleados para la resolución de conflictos. Otro factor obstaculizante lo hallamos en el monto de la tasación de las causas para ingresar en la maquinaria judicial. Esto deja fuera conflictos que el sistema considera insignificantes, pero que para la vida de un individuo pueden llegar a ser determinantes. <https://www.desarrollosocial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/05/Gerontolog-a-Comunitaria-Modulo-101.pdf>, p. 184.

forma en la que éste debe prestarse a las personas, reemplazando así formas previas –no estatales– de lograr justicia. Su antecedente histórico más directo lo encontramos en la asesoría legal gratuita que se dio por primera vez en Inglaterra en 1495, cuando el Parlamento inglés aprueba una ley especial para garantizar ello y eximir de los grandes costos a los que no contaban con recursos para acceder a un proceso judicial.

Sin esta nivelación del terreno, la batalla jurídica se convierte en una guerra [más] inequitativa, voraz, arbitraria e injusta. Ello ya que, si bien las diferencias materiales y las creadas socialmente no son del todo atendibles desde el sistema que las creó o, por lo menos, ha conservado, tomar ciertas medidas para procurar un acceso igualitario a la justicia, y por tanto al resto de los derechos fundamentales, se torna imperativo bajo el marco normativo de estos últimos.

De esta manera, el acceso a la justicia puede ser entendido como un derecho instrumental que da operatividad a los demás derechos fundamentales, pues del primero se derivan los mecanismos mediante los cuales los segundos son justiciables. Esto no es menor, si se toma en cuenta que el Derecho y los derechos son prácticamente definitorios de la vida de las personas, de sus posibilidades y decisiones hoy en día. Y el campo de batalla para decidir todo lo anterior son los tribunales. El papel de quienes juzgan es el de adjudicar no sólo bienes, sino identidades, posibilidades, vínculos entre las personas. El Derecho es entonces algo más que normas; es un discurso social con grandes poderes definitorios. Se hace evidente que la relevancia del acceso a la justicia trasciende al mundo del Derecho, o mejor dicho es particularmente relevante en el mundo, que actualmente es uno exageradamente jurídico.

## Siglas utilizadas

ANSeS	Administración Nacional de la Seguridad Social
CELADE	Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIPPEC	Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento
CLAD	Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
CN	Constitución Nacional
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
INDEC	Instituto Nacional de Estadísticas y Censos
IPEC	Instituto Provincial de Estadística y Censo
ITESO	Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (Universidad Jesuítica de Guadalajara, México)
OC	Opinión Consultiva
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PNUD	Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
SAAP	Sociedad Argentina de Análisis Político
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNFPA	Fondo de Población de las Naciones Unidas

## Referencias bibliográficas

- AMADASI, Enrique. *Barómetro de la deuda social con las personas mayores. Condiciones de vida e integración social de las personas mayores ¿diferentes formas de envejecer o desiguales oportunidades de lograr una vejez digna*. Buenos Aires, Argentina. Edit. Astrea. 2015.
- ASOCIACIÓN MEXICANA DE COMPORTAMIENTO Y SALUD, A. C. Distrito Federal, México <http://www.redalyc.org/pdf/2822/282221720003.pdf>
- BARBERO, D. DAVOBE, I. *Artículo de Doctrina. Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección. Nuevas razones para la acción en favor de los derechos de los grupos vulnerables*. Buenos Aires, Argentina. Edit. Astrea. 2015.
- BERIZOCE, Roberto O. *Efectivo acceso a la justicia. Propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho*. La Plata, Buenos Aires. Librería Editora Platense SRL. 1987.

- CASTEL, Robert. *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*. Buenos Aires. Paidós. 1997.
- CHIRINOS, Bernabé Lino. *Tratado de la Seguridad Social*. Buenos Aires. La Ley. 2009.
- CHIRINOS, Bernabé Lino. *Tratado teórico-práctico de la Seguridad Social*. Buenos Aires. Quorum. 2005.
- CIDH-OEA. "El acceso a la justicia como garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Ser. L/V/II.129, Doc. 4, 7 septiembre 2007.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel. "Derechos de la Ancianidad" en *Investigación y Docencia*, Revista N° 20, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1992, pp. 35 y ss.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 101ª reunión, "Pisos de Protección Social para la justicia social y una globalización equitativa", 1º edic., Ginebra, 2012, en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_160399.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_160399.pdf).
- CONTRIBUCIONES DE LA ESCUELA DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES EN DERECHOS DE LA ANCIANIDAD de la Universidad Nacional de Rosario, Santa Fe: Google Groups: <http://groups.google.com.ar/group/cidea-fder-unr?pli=1>
- CRAVINO, María Cristina. FOURNIER, Marisa. NEUFELD, María Rosa. SOLDANO, Daniela. "Sociabilidad y micropolítica en un barrio bajo planes" en ANDRENACCI, Luciano (comp.) *Cuestión social y política social en el gran buenos aires*. Buenos Aires. Edic. Al Margen. Instituto del conurbano- UNSarmiento. 2002.
- XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad", en XIV CUMBRE JUDICIAL ÍBEROAMERICANA, Brasilia, 4 al 6/03/2008 en NOGUEIRA, J.M. SCHAPIRO, H. (coord.) *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables*. A propósito de las Reglas de Brasilia. La Plata, Buenos Aires, Argentina. Librería Editorial Platense. 2012.
- DAVOBE, Ma. Isolina (Direc). *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*. Buenos Aires, Argentina. edit. Astrea. 2015.
- DAVOBE, María Isolina. *Los Derechos de los Ancianos*. Buenos Aires, Madrid. Ciudad Argentina. 2002.
- DAVOBE, María Isolina. *La problemática de la vejez en el derecho argentino. Razones para la construcción del derecho de la ancianidad*. Buenos Aires. Edit. Astrea. 2015.
- DAVOBE, María Isolina. PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (Directores). *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva interdisciplinaria* (Prólogo de la Dra. Mónica Roqué). Rosario, Santa Fe, Argentina. Edit. Juris. 11/2006.
- DAVOBE, Ma. Isolina. DI TULLIO BUDASSI, Rosana. *Aspectos jurídicos y éticos del envejecimiento: derecho a la vejez*. Módulo 10. Buenos Aires. Especialización en Gerontología Comunitaria e Institucional, UNMDP 2012.
- DAVOBE, Ma. Isolina. "Prestaciones alimentarias en la vejez multigeneracional: nuevas consideraciones del derecho argentino" en *Revista chilena de Derecho*, vol.

- 42 N° 1, Santiago de Chile, Chile. 2015.
- DAVOBE, Ma. Isolina. LAPENTA, Eduardo. "Ancianidad, derechos humanos y calidad de vida: una cita entre generaciones, un desafío de este tiempo" en *Revista Oñati socio-legal series*, Vol.1. N°8.Edit. Team. 2011.
- EROLE, Carlos (comp). *Familia y Trabajo Social. Un enfoque clínico e interdisciplinario de la intervención profesional*. Buenos Aires. Espacio. 1998.
- ESPING ANDERSEN, Gosta. "Social Foundations of Postindustrial Economics". Cap. 9: *Recasting Welfare Regimes for a Postindustrial Era*. New York. Oxford University Press. 1999.
- FILGUEIRA, Fernando; MOLINA, Carlos Gerardo; PAPADÓPULOS, Jorge; y GIDDENS, A. BAUMAN, Z. LUHMANN, N. BECK, U. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. (Trad. Celso Sánchez Capdequí, revisión técnica de JostxtoBeriain). Buenos Aires. Anthropos. 1996.
- GONZÁLES RÍOS, Isabel. *Derechos sociales y protección de colectivos vulnerable*. Valencia, España. Edit. Tirant. 2016.
- GÚZMAN, José Miguel. HUENCHUAN, Sandra. MONTES DE OCA, Verónica. *Redes de apoyo social de las personas mayores: marco conceptual*. Recuperado agosto 2015 en [http://www.eclac.cl/publicaciones/Poblacion/3/LCG2213P/lclg2213\\_p2.pdf](http://www.eclac.cl/publicaciones/Poblacion/3/LCG2213P/lclg2213_p2.pdf) Accedido el 17/4/2006.
- IACUB, Ricardo. "La Postgerontología: hacia un renovado estudio de la gerontología" en Versión editada en *Revista de Trabajo Social de la Universidad Católica de Santiago de Chile* en: <http://www.ricardoia-cub.com.ar/la-postgerontologia-hacia-un-renovado-estudio-de-la-gerontologia-1/>
- IACUB, Ricardo; ARIAS, Claudia Josefina. "El empoderamiento en la vejez" en *Journal of Behavior, Health & Social Issues*, vol. 2, núm. 2, 11 a 04/2010, pp. 25-32.
- ISUANI, Aldo. *El Estado de Bienestar argentino: un rígido bien durable*. Buenos Aires. Mimeo. 2007.
- ISUANI, Aldo. *La Política en Balance. Debates y Desafíos Regionales*. XII Congreso Nacional de Ciencia Política organizado por SAAP, UNCuyo, Mendoza, 12/15-08-2015.
- LARRANDART, Lucila. "Acceso a la justicia y tutela de los derechos ciudadanos" en *El Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires. Ad-Hoc. 1992.
- MARSHALL, Thomas. "Citizenship and Social Class" en PIERSON, C CASTLES, F. G. (coord.) *The Welfare State Reade*. Bristol. Polity Press. 2006.
- MARZIONI, Sofía Clarisa. "Envejecimiento población y políticas para la seguridad económica de los adultos mayores. Análisis de los instrumentos de las políticas previsionales santafesinas 2003-2014". Tesina final carrera Licenciatura Ciencia Política, FHUC, UNL Santa Fe, 2015.
- MARZIONI, Cristina (comp.) "Reflexiones sobre políticas públicas. Adaptación a las nuevas prácticas ciudadanas". Santa Fe. Ediciones UNL. 2015.
- MARZIONI, C. LÓPEZ, Liliana. CÓRDOBA, Anabella, *Revista Extensión UNL Constuir Ciudadanía*, Año 2- N° 2, noviembre de 2012.
- MARZIONI, Cristina. LÓPEZ, Liliana. "Ciudadanía y Libertad: Fundamentos de Teoría Democrática" en *Revista Nueva Época* N° 6, 2008.
- NAVARRO, Sandra Huenchuan. "Marco legal y de políticas en favor de las perso-

- nas mayores en América Latina". *Proyecto Implementation of the Madrid Plan of Action on Ageing and the Regional Conference on Ageing*, UNFPA, CELADE, División de Población de CEPAL, Vol. 51, United Nations Publications, Santiago de Chile, 2004, recuperado en Mayo 2015 en: [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7193/S044281\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7193/S044281_es.pdf?sequence=1)
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. "Los Derechos Sociales y la recepción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Derecho Constitucional Argentino" en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, N° 11, Julio-Diciembre 2010, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultado el 30-07-2014. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoSocial/indice.htm?n=11>.
- NOGUEIRA, J.M. SCHAPIRO, H. (coord.) *Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. A propósito de las Reglas de Brasilia*. La Plata, Buenos Aires. Librería Editorial Platense. 2012.
- O'DONNELL, Guillermo. "Derecho a la autenticidad del Estado: ciudadanía y protección de programas sociales" en GÓMEZ-ÁLVA-REZ, David (coord.) *Candados y contrapesos. La protección de los programas, políticas y derechos sociales en México y América Latina*. Guadalajara. ITESO. 2009.
- OIT. "Piso de Protección Social para una globalización equitativa e inclusiva", Informe IV (1), Ginebra, 2011 en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms\\_176521.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_176521.pdf)
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Visita guiada a la Constitución Nacional*. Buenos Aires. Zavalía. 1995.
- REPETTO, Fabián. "Protección social en América Latina: La búsqueda de una integralidad con enfoque de derechos" en *Revista CLAD Reforma y democracia*, N° 47, 2010, p. 15.
- REPETTO, Fabián. DAL MASETTO, Fernanda. *"Diálogos de protección social. La protección social argentina en perspectiva latinoamericana: retos de inclusión e integralidad"*. CIPPEC, CEPAL. Buenos Aires. Fundación Tzedaká, Universidad de San Andrés. 2011. Recuperado Mayo 2015 en <http://www.cepal.org/dds/noticias/paginas/1/43121/Doc-proteccion-socialArgentina.pdf>
- REYGADAS, Luis. *"La apropiación: destejendo las redes de la desigualdad"*. México. Edit. Antrophos. Universidad Autónoma Metropolitana. 2004.
- SOLDANO, Daniela. ANDRENACCI, Luciano. "Aproximaciones a la teorías de la política social a partir del caso argentino" en ANDRENACCI, Luciano (comp). *Problemas de la política social en la Argentina contemporánea*. Buenos Aires. Universidad General Nacional Sarmiento. Prometeo. 2006.
- TOBAR, Federico. "Universalismo básico: una alternativa posible y necesaria para mejorar las condiciones de vida" en MOLINA, Carlos Gerardo (ed.) *Universalismo básico. Una nueva política social para América Latina*. Washington, D.C. BID/Planeta. 2006.

## María Celeste Cóceres

Abogada (FCJS). Analista en Informática Aplicada (FICH). Maestranda en Docencia Universitaria (FHUC). Docente de Derecho de la Seguridad Social de la carrera de Abogacía (FCJS). Docente y Tutora en Seguridad Social II, Seguridad Social III, Seguridad Social IV y Previsión Social II de la Tecnicatura en Previsión Social. Coordinadora Académica de la misma Tecnicatura. Integrante del CAI+D A y PACT 2009/2013 y 2013-2016 en ejecución. Cuenta con publicaciones nacionales y extranjeras con referato internacional.

## María Virginia Gazzo Boero

Abogada. Profesora de Derecho de la Seguridad Social y Gerontología Jurídica y Social, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Derecho Administrativo (carrera de posgrado) FCJS-UNL. Integrante del CAI+D A y PACT 2009/2013 y 2013-2016 en ejecución.

## Cristina Ester Marzioni

Abogada egresada 1976. Notaria. Especialista en Derecho Comercial, Derecho de Familia y de Menores. Gerontóloga. Profesora Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho y Gerontología Jurídica y Social, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNL. Directora Proyectos Investigación aplicada, Extensión Interés Social, Programas Actividades Científicas y Tecnológicas subsidiados UNL: CAI+D A y PACT/2013-2016 en ejecución. Categorizada II/2004 Programa Incentivos docentes investigadores. Publicaciones y ponencias nacionales y extranjeras con referato internacional.

## Sofía Clarisa Marzioni

Licenciatura en Ciencia Política con orientación en Gobierno y Políticas Públicas, Facultad de Humanidades y Ciencias UNL. Becaria en la Secretaría de Extensión de la misma Universidad en la Dirección de Extensión, Investigación y Políticas Públicas. Ayudante de Segunda en la cátedra Introducción a la Ciencia Política en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNL. Integrante del equipo investigador CAI+D 2009-2013 y becaria en el mismo e integrante en el CAI+D A y PACT/2013/2016 en ejecución. Ponente en Congresos y jornadas nacionales e internacionales.

## María Josefina Paviotti

Licenciada en Ciencia Política de la Universidad Católica de Santa Fe. Máster en “Integrazione Europea: politiche e progettazione comunitaria” (Integración Europea: políticas y proyectación comunitaria). Università degli studi di Padova. Padova, Italia. Profesora Taller de Tesina y Metodología de la Investigación Científica II, Licenciaturas en Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Católica de Santa Fe. Becaria de estudio para el Master: “Integrazione Europea: politiche e progettazione comunitaria”: Integración Europea: políticas y proyectación comunitaria. Università degli studi di Padova. Padova, Italia. Integrante del equipo investigador CAI+D A y PACT 2013-2016 en ejecución.

---

### REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Cristina Ester Marzioni comp. èt al  
«EL ROL DEL ESTADO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES PARA LOS ADULTOS MAYORES»,  
en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,  
UNL, publicación semestral, año 6, número 17, Santa Fe, República Argentina,  
2016, pp. 23–50.

# 3

Alejandra C. Del Río  
y otros

## EL DERECHO A DEFENDERSE DEL FEMICIDIO: LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA

---

### RESUMEN

El presente trabajo es el resultado de un estudio de caso realizado en la ciudad de Santa Fe, a raíz de una presentación en carácter de *amicus curiae* que realizó el Programa Género, Sociedad y Universidad de la UNL, utilizando la legitimación que otorga el artículo 38 de la Ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en sus relaciones interpersonales, para intervenir en un proceso judicial en el cual se criminalizaba a una mujer que mató a su pareja haciendo uso del derecho a defenderse de lo que se conoce como femicidio íntimo.

Partiendo del desarrollo de algunos aspectos vinculados al "Femicidio", en particular aquel que resulta de la violencia doméstica, entendida como una forma de tortura, se pretende hacer una lectura crítica del instituto de la legítima defensa tal como es considerado por parte de la doctrina penal y la práctica jurídico/judicial argentina, ya que consideramos que actualmente existe una brecha entre estos y los estándares internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, recogidos asimismo por algunos pre-

### ABSTRACT

This work is the result of an empirical study in the city of Santa Fe, following a presentation by the Program Gender, Society and University UNL, using a tool referred to in Article 38 of Law 26.485 Integral Protection to prevent, punish and eradicate violence against women in their interpersonal relationships, known as *Amicus Curiae* to intervene in a judicial process that criminalized a woman who killed her partner exercising the right to defend what is known as intimate femicide.

Starting from the development of some aspects related to the "femicide", in particular those resulting from domestic violence, understood as a form of torture, it aims to make a critical reading of the institute of self-defense as it is considered by the doctrine and legal / judicial practice, not taking into account international standards on human rights of women, also collected by some precedents Argentines, the most important being the famous failure Leiva history of Supreme Court of Justice of the Nation.

cedentes jurisprudenciales nacionales, siendo el antecedente más importante el famoso fallo Leiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

PALABRAS CLAVE KEY WORDS

Amicus curiae · legítima defensa · femicidio íntimo · derechos humanos de las mujeres · violencia doméstica Amicus curiae · self-defense · intimate femicide · human rights of women · domestic violence

## 1. Introducción

El presente trabajo analiza el derecho a defenderse del femicidio íntimo, nos proponemos ofrecer una lectura en clave de género y derechos humanos sobre el instituto de la legítima defensa en contextos de violencias domésticas y establecer ciertas tensiones que se generan en la práctica judicial en relación a la utilización de esta figura desde una perspectiva jurídica feminista. Para ello se parte de un paradigma de derecho penal mínimo, garantista, liberal, enmarcado en una perspectiva criminológica crítica y feminista; y desde la convicción de que la criminalización de las conductas y la prisionización, lejos del fin por el que se aplican, agravan los conflictos que buscan solucionar, debiéndose aplicar ésta última de manera restrictiva ya que conlleva la restricción de un sinnúmero de derechos fundamentales, entre ellos, la libertad.

Consideramos que se vuelve de especial interés dar este debate considerando que el ante proyecto de Código Penal en el artículo 5 inciso d) (legítima defensa), introduce una presunción *iuris tantum* a favor del agente, cuando “la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiese sufrido anteriores hechos de violencia”<sup>1</sup>. Por ello, en el presente trabajo se analiza la respuesta del sistema penal ante un caso de legítima defensa en un contexto de violencia de género en el ámbito doméstico ocurrido en la Ciudad de Santa Fe.

Se trata de un estudio de caso, cualitativo, descriptivo y explicativo, en el cual se utilizó la técnica de observación participante en instituciones judiciales y asistenciales, así como entrevistas en profundidad a partir de un proceso en el cual la UNL se presentó como *amicus curiae*, pudiendo resaltar que hemos detectado, tal como lo señala Agustina Iglesias, que la delimitación de un arquetipo de “víctima de violencia de género” permite instrumentar todas las fuerzas institucionales que impactan en la configuración política de las mujeres y de las sexualidades, todo ello bajo el paradigma protectorio de las mujeres vulnerables<sup>2</sup>. Adoptamos en la presente

- 1 Según los autores del anteproyecto “esta presunción responde a la desnormalización de los hechos de violencia en el ámbito familiar, en especial contra mujeres y niños. Aunque las circunstancias señaladas son las que debería tomar en cuenta el juez en cada caso, sin necesidad de previsión legislativa alguna, no está de más preverla, dado que la milenaria hegemonía patriarcal como pauta cultural da lugar a errores frecuentes”.
- 2 Esta construcción de la víctima determina las formas de operar, tanto de los dispositivos penales cuanto de los asistenciales, así como la selección de las causas que los activan. Así estas imágenes y moldes que se construyen en torno a las “víctimas” y “autorxs”, se traducen luego en las for-

propuesta una perspectiva socio jurídica que intenta dar cuenta fundamentalmente del funcionamiento de este instituto en la práctica, estableciendo a su vez que dadas las limitaciones del presente trabajo no pretendemos ofrecer un análisis dogmático penal exhaustivo.

En lo que sigue desarrollaremos en primer lugar algunos aspectos vinculados al “Femicidio”. Luego haremos una breve referencia a la importancia del *amicus curiae* como herramienta para emprender litigios estratégicos vinculados a la defensa de los derechos humanos de las mujeres a partir de lo establecido en el artículo 38 de la Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer en sus relaciones interpersonales (26.485). A continuación analizaremos los principales aspectos a considerar de la violencia doméstica como una forma de tortura y cuáles son los elementos claves para efectuar una lectura del instituto de la legítima defensa con perspectiva de género.

Finalmente daremos cuenta de la respuesta del sistema penal ante un caso de legítima defensa del femicidio en la ciudad de Santa Fe, problematizando sobre los principales obstáculos que se encuentran en el acceso a la justicia de las mujeres y su relación con el sistema penal; proponiendo un análisis crítico de la propuesta del anteproyecto del código penal en relación a la incorporación de una presunción iuris tantum para los casos de legítima defensa, y problematizando sucintamente algunos desafíos que deberíamos plantearnos los movimientos feministas en relación al uso del derecho, tanto en el ámbito de las reformas jurídicas como de los litigios estratégicos vinculados a los procesos de criminalización de las mujeres víctimas de violencias.

## 2. Desarrollo

### 2.1. El *Amicus Curiae* como herramienta del litigio estratégico para los movimientos feministas

La figura del *Amicus Curiae* (amigo del Tribunal) fue reglamentada recientemente mediante la Acordada 7/2013 de la CSJN, poniendo fin a la existencia de eventuales dudas respecto de la procedencia de esta presentación. Dicha reglamentación se propuso con la regulación de ésta figura

---

mas de identificación, en el trato y en el lugar que ocupan en el proceso penal, en las instancias de “asistencia” y en las cárceles (IGLESIAS SKULJ. 2013).

enriquecer el debate constitucional y fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales.

Este tipo de presentaciones se proponen que terceros ajenos a una disputa judicial —pero con un legítimo interés en la resolución final del litigio— puedan expresar sus opiniones en torno a la materia, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial.

En relación a los derechos humanos de las mujeres la ley 26.485 en su artículo 38 prevé expresamente la colaboración de organizaciones públicas o privadas<sup>3</sup>. A su vez muchas provincias, entre ellas Santa Fe mediante ley 13.348, han adherido a la ley Nacional, lo cual conlleva la obligación de garantizar el procedimiento y las herramientas previstos en la ley, en particular la figura del *Amicus Curiae*<sup>4</sup>.

Además en virtud de la especial referencia a este instituto contemplado en la ley 26.485, existen varios precedentes de *Amicus Curiae* presentados en procesos penales vinculados a garantizar los derechos humanos de las mujeres. En este sentido cabe destacar las presentaciones efectuadas por el Equipo Latinoamericano de Justicia y Género<sup>5</sup>, por la Universidad Nacional de Rosario<sup>6</sup> y por la Asociación Argentina de Mujeres de Carreras Jurídicas<sup>7</sup>.

A través de esta nueva herramienta procesal es que el Programa de Género, Sociedad y Universidad de la UNL<sup>8</sup> se presentó como *amicus*

---

3 El mismo establece que el/la juezx podrán solicitar o aceptar en carácter de *amicus curiae* la colaboración de organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos de las mujeres.

4 El artículo 38 de la Ley 26.485 se encuentra redactado en los siguientes términos: "ARTÍCULO 38. — Colaboración de organizaciones públicas o privadas. El/la juez/a podrán solicitar o aceptar en carácter de *amicus curiae* la colaboración de organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los derechos de las mujeres." Considero que sería pertinente que la ley contempla esta herramienta procesal no solo como una facultad del juezx sino también como un derecho de las mujeres involucradas en el proceso.

5 Caso Reina Maraz, quien se encontraba imputada como presunta responsable de la muerte de su concubino <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2126&plcontempl=12&aplicacion=app187&cnl=4&opc=6>

6 A través de su Programa de Género presentó ante el Juzgado en lo Penal de Instrucción N° 12 de los Tribunales Provinciales de Rosario en la causa caratulada "Incendio, víctima Celma, Vanesa Soledad, causa n° 578/10 en <http://www.unr.edu.ar/noticia/6894/amicus-curiae-por-violencia-contrala-mujer>

7 Caso de las hermanas Jara en el que se plantea el derecho de Ailén y Marina Jara a acceder al debido proceso desde una perspectiva de género, en el cual adhirió al mismo la Comisión por la Memoria de la provincia de Buenos Aires (CPM), en <http://cosecharoja.org/presentan-amicus-curiae-por-las-hermanas-jara/>

8 El Programa de Género, Sociedad y Universidad fue creado en el año 2002 mediante Resolución del Consejo Superior de la Universidad Nacional del Litoral n° 101/02 en el marco de la Secretaría de

*curiae* en abril de 2015 en el caso C.R. con el objeto de aportar elementos teóricos y jurídicos a la fiscalía y al tribunal, respecto de algunos puntos tratados en el caso particular, vinculados a los derechos humanos de las mujeres, con el objeto brindar criterios de análisis con perspectiva de género que puedan ser de utilidad durante todo el proceso y especialmente al momento de decidir la causa y evitar así la criminalización de C.R.

En relación a los hechos, y a los efectos de presentar el caso podemos decir que C.R. se defendió legítimamente de los ataques de violencia física propagados por su pareja D.A.M. causando su muerte. A raíz de ello y luego de intentar su reanimación, pidió auxilio y llamó a la policía. Consecuentemente fue detenida, y en el momento en que el Programa de Género, Sociedad y Universidad tomó contacto con el caso se encontraba cumpliendo una medida preventiva de prisión domiciliaria e imputada como responsable de un homicidio calificado.

Además de esto, C.R. no recibió la asistencia prevista en la ley 26.485, no obstante haber declarado que el episodio se produjo al momento de defenderse de un ataque, lo cual trascendió en los medios locales<sup>9</sup>.

A partir de estos dos elementos, el relato de la víctima y la información producida por los principales medios de comunicación de la ciudad, existían serios indicios para presumir que los hechos encuadraban en un caso

---

Extensión de la Universidad Nacional del Litoral. La creación del Programa responde a la preocupación de la Universidad por las deficiencias democráticas que el sistema de sexo-género asegura y reproduce dentro y fuera de nuestra casa de estudios. De este modo, la tradición reformista e ilustrada de nuestra Universidad se reactualiza y se compromete con la lucha de las mujeres por el ejercicio pleno de sus derechos y, de esta manera, con la efectiva universalización de la ciudadanía. Dicho Programa se propone entre sus objetivos: a) Fomentar los estudios sobre las Mujeres desde las diferentes disciplinas interesadas así como el estudio de las relaciones de Género y el papel de la mujer en la sociedad. b) Establecer relaciones científicas con los centros nacionales y extranjeros dedicados a tareas afines. c) Promover la creación de una red interuniversitaria de docentes, graduados y estudiantes para la reflexión sistemática acerca de las relaciones entre Género, Sociedad y Universidad. d) Apoyar estrategias de difusión de la temática.

- 9 Según las fuentes periodísticas que trabajaron en el caso "...los vecinos del barrio, que viven en las casas alledañas, dijeron que su vecina y dueña de la casa, venía siendo sometida a castigos brutales, y que esa consideración la hacían en función de los gritos desgarradores provenientes del interior de la vivienda, como por los dichos de la mujer y por las visibles marcas físicas en algunas partes de su cuerpo (...). De tal magnitud fueron los castigos físicos a los que fue sometida C.R. que el médico policial tuvo la oportunidad no solo de revisar el cadáver de M. sino también constatar las lesiones que presentaba la agresora en diversas partes del cuerpo (...). La presunta autora del crimen de M. les dijo primero a los policías de la Comisaría 25° del barrio El Pozo de Santa Fe cuando llegaron a su casa, que ella fue la autora de la mortal agresión, y luego hizo lo mismo cuando arribaron las pesquisas de la Policía de Investigaciones PDI (...)" en [http://www.elliportal.com/index.php/id\\_um/112753-imputaron-por-homicidio-calificado-a-la-mujer-que-asesino-a-su-novio?utm\\_source=otras\\_interior](http://www.elliportal.com/index.php/id_um/112753-imputaron-por-homicidio-calificado-a-la-mujer-que-asesino-a-su-novio?utm_source=otras_interior)

de legítima defensa en el marco de una relación de violencia de género en el ámbito doméstico. Sin embargo ninguna institución había brindado asistencia y la medida de coerción personal dictada luego de la audiencia imputativa hacían presuponer que este como tantos otros casos de defensa del femicidio sería leído por el poder judicial en clave de un homicidio doloso calificado por el vínculo, evidenciando una vez más la falta de incorporación por parte de lxs<sup>10</sup> operadorxs jurídicxs de los estándares internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres.

A continuación desarrollaremos los principales elementos teóricos y jurisprudenciales que se tuvieron en cuenta en la presentación del *amicus*, para luego volver con una mirada crítica sobre la respuesta del sistema, de lxs operadorxs ante el presente caso, para después presentar algunos puntos claves a considerar de cara a una futura reforma del código penal argentino.

## 2.2. Algunas consideraciones generales sobre el Femicidio

La literatura feminista comprende dentro de la categoría “femicidio”<sup>11</sup> una abrumadora cantidad de homicidios de mujeres (Rodríguez – Chejter; 2014). Es un concepto amplio que comprende los asesinatos de mujeres por el hecho de ser tales, ya sea que ocurra en el denominado ámbito público o privado (Rodríguez – Chejter; 2014)

---

10 A lo largo de este trabajo y en varias ocasiones implementamos el uso de la letra “x” en lugar “a” y “o” que designan al femenino y masculino respectivamente porque partimos desde una perspectiva feminista que entiende que el lenguaje y el modo de nombrar que utilizamos resulta clave para dar visibilidad a ciertas subjetividades/realidades que de otra forma quedan excluidas. Tampoco se utiliza el masculino como medida de lo general.

11 Este término fue utilizado públicamente por primera vez por Diane H.E. Russel en el Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres en Bruselas donde sostuvo que “El feminicidio representa el extremo de un *continuum* de terror antifemenino que incluye una amplia variedad de abusos verbales y físicos, tales como violación, tortura, esclavitud sexual (particularmente por prostitución), abuso sexual infantil incestuoso o extra-familiar, golpizas físicas y emocionales, acoso sexual (por teléfono, en las calles, en la oficina, y en el aula), mutilación genital (clitoridectomías, escisión, infibulaciones), operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías), heterosexualidad forzada, esterilización forzada, maternidad forzada (por la criminalización de la contracepción y del aborto), psicocirugía, negación de comida para mujeres en algunas culturas, cirugía plástica y otras mutilaciones en nombre del embellecimiento. Siempre que estas formas de terrorismo resultan en muerte, se convierten en feminicidios”. (RUSSEL. 1992). Este concepto luego lo reelaboró como “los asesinatos de mujeres por varones por ser mujeres”, señalando además la incidencia y frecuencia que este tipo de asesinatos tenía en el ámbito de las relaciones de pareja, motivadas por actitudes sexistas o misóginas. (RUSSEL. 2002)

El concepto de femicidios íntimos es utilizado para referirse a los homicidios que se cometen en el ámbito conyugal o de pareja (Rodríguez – Chejter; 2014), siendo la mayoría de las veces la culminación de una relación violenta.

En las últimas décadas y como consecuencia de las presiones ejercidas por movimientos feministas el término fue introducido en el debate político y jurídico y se desarrollaron múltiples estudios al respecto (Aicedo, C. 2002; Cisneros y Chejter. 2005; Kohan. 2005; Barcaglione. 2005; Alméras, Bravo, Milosavljevic, Montaña y Rico. 2002; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2006; Radford, Hill y Russell, 1992; Rodríguez y Chejter. 2014). De este modo esta figura se introdujo como un tipo específico de homicidio calificado en la mayoría de los países de América Latina (Rodríguez y Chejter. 2014; Toledo Vásquez. 2012).

En Argentina mediante Ley 26.791, sancionada el 14 de Noviembre de 2012 y promulgada el 11 de Diciembre del mismo año, se modificaron los incisos 1 y 4 del artículo 80 del Código Penal y se incorporaron los incisos 11 y 12 y un párrafo *in fine* a la última parte de dicho artículo. En lo que respecta al inciso 1 la modificación consistió en la ampliación de la agravante a la ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediar o no convivencia, ya que la redacción anterior solo consideraba agravado el homicidio de quien matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge sabiendo que lo son. Por otra parte el inciso 4 incorporó como agravante al que matare por odio de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. Antes se establecía solamente que se agravaba el homicidio que era cometido por placer, codicia, odio racial o religioso. Finalmente los incisos 11 y 12 comprenden lo que se conoce como femicidio<sup>12</sup> y femicidio vinculado<sup>13</sup>, término éste último desarrollado por la asociación civil casa del encuentro y a quien se debe esta incorporación<sup>14</sup>. Finalmente en el último párrafo del citado artículo se exceptúa la aplicación de circunstancias extraordinarias de atenuación en casos de violencia contra la mujer<sup>15</sup>.

12 Inciso 11: "...al que matare a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género."

13 Inciso 12: "... con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°."

14 <http://www.lacasadelencontro.org/femicidios.html>

15 Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediar circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima.

En lo que respecta a la aplicación de estos tipos penales<sup>16</sup> en el estudio de Rodríguez-Chejter del año 2014 en el cual se analizan las prácticas y decisiones judiciales en los casos de homicidios conyugales, se puso en evidencia el tratamiento discriminatorio y desigual de varones y mujeres, tanto en su carácter de víctimxs como de imputadxs, dando cuenta además de que la mayoría de las mujeres víctimxs de femicidio o autorxs de homicidios conyugales, habrían sido víctimas de violencia de género que reiteradamente presentaron denuncias que fueron desestimadas. Además en aquellos casos de mujeres víctimas de violencias que mataron a sus parejas ofensoras lxs jueces no han aplicado la justificación de haber obrado en legítima defensa (Rodríguez – Chejter, 2014).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (*“Convención de Belém Do Pará”*), prevé que la violencia contra las mujeres consiste en “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”<sup>17</sup>.

En el ámbito local la ley 26.485 define violencia doméstica como

...aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia (art. 6, inc. a)...

16 Otro de los debates en relación a este tipo penal es el relativo a qué se conceptualiza como mujer, especialmente la discusión relativa a si se sigue un criterio biologicista o no, en vista de la sanción de la ley de reconocimiento de la identidad de género. “Si analizamos la relación poder-saber en el contexto de las políticas de género, especialmente en el ámbito penal, debemos interrogarnos acerca de cuál es el modelo de mujer, de lo femenino, que se regula, controla, promueve e incluso reproduce; aunque sea subrepticamente en el devenir práctico de la expansión punitiva” (IGLESIAS SKULL. 2013: 100). El anteproyecto de Código Penal que se encuentra actualmente en debate en lo que refiere a los homicidios calificados si bien mantiene como agravante que haya entre víctima y victimario un vínculo de convivencia y se incluye entre las razones de máxima gravedad de un delito la discriminación de género, no fue incluido el agravante de matar “a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género” como se incluyó en el Código Penal luego de la reforma del 2012 (CHACHER. 2014). La Violencia de Género en el ámbito de la violencia doméstica como una forma de tortura.

17 CIDH, “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, OEA/Ser.L/V/II.143Doc. 60, 3/11/ 2011, en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>.

Como señala Mariana Capilla “la problemática de la violencia de género y de la violencia doméstica, en el contexto latinoamericano, se ha extendido a niveles pandémicos”<sup>18</sup>.

En este contexto, la Defensoría General de la Nación<sup>19</sup> sostuvo

... la mayoría de las mujeres que matan a un compañero violento después de una larga historia de abuso creen que no tienen otra alternativa. Con el fin de sobrevivir pueden matar al agresor mientras está dormido o incapacitado. En estos casos, las mujeres realizan una serie de medidas para llevar a cabo y encubrir el asesinato. En la mayoría de los casos las mujeres han tratado de buscar la ayuda de la policía, que no respondió adecuadamente<sup>20</sup>. (Capilla. 2015)

En la actualidad en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos la violencia doméstica es reconocida como una forma de tortura. La tortura como se encuentra definida en los instrumentos internacionales de derechos humanos supone los siguientes elementos críticos: (1) dolor y sufrimiento físico o mental severos; (2) infligidos en forma intencional; (3) para propósitos específicos; (4) con alguna participación oficial, ya sea activa o pasiva.

Todos estos elementos como lo ha demostrado la doctrina feminista internacional se encuentran presentes en los casos de violencia de género en el ámbito doméstico. A continuación desarrollaremos las características propias que asumen cada uno de estos criterios o elementos en este ámbito, y que permiten equiparar la violencia doméstica a la tortura:

- *Dolor y sufrimiento físico o mental severos*: Amnistía Internacional hace énfasis en que los métodos psicológicos más sutiles de tortura, vuelven la

18 La Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y sus pares provinciales, recibieron en casi tres años de funcionamiento 22 mil denuncias entre Capital Federal, Tucumán, Santiago del Estero y Salta. El 67% de las denuncias fueron por agresiones físicas y el 13% por ataques sexuales. El 81% de los agresores eran parejas o ex parejas heterosexuales. El informe 2011 de la OVD elaboró la categoría “nivel de riesgo”; el cual estima que en el 68% de los casos, el riesgo es medio y alto, y en el 8% hay riesgo altísimo. En todos estos casos se dictan medidas cautelares.

19 AA.VV. “Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres.”, Cap. VI: “Defenderse del Femicidio”, por Luciana Sánchez y Raúl Salinas. <http://www.mpd.gov.ar/uploads/Violencia%20de%20genero.%20Estrategias%20de%20litigio%20para%20la%20defensa%20de%20los%20derechos%20de%20las%20mujeres.pdf>

20 KIRKWOOD, Debbie, disponible en <http://home.vicnet.net.au/~rhog/legal.htm.199>

distinción entre lo físico y lo mental algo ilusorio. En la práctica, técnicas físicas y mentales de tortura, operan en procura de los mismos objetivos, esto es, el quebrantamiento de la voluntad y la difusión del terror. Las técnicas más habituales de tortura en la actualidad no implican equipos especiales sino que la misma es practicada a través de medios disponibles en la vida diaria, tales como cuchillos, cigarrillos, objetos, golpes, patadas. La violencia sexual, ya sea en la forma de violación, tocamientos, introducción de objetos, desnudos forzados, es considerada una forma de terror específica.

En este contexto la violencia doméstica suele asumir alguna forma de brutalidad física e implica acciones tales como golpes con las manos, patear, escupir, ahogar a la persona, quemarla. Las consecuencias son el sufrimiento físico y mental<sup>21</sup>, abortos, mutilaciones, incapacidades temporales o permanentes e incluso la muerte (Copelon, 1997). Como puede observarse son múltiples las técnicas que se desarrollan en el ámbito doméstico que tienen como resultado la destrucción de la autonomía de las mujeres. En este sentido las amenazas de muerte o de abusar de ellas o de sus hijos suelen ser mecanismos frecuentes de terror y de coacción. Desde esta perspectiva la tortura implica un contexto y proceso de dominación, lo que no necesariamente se traduce en una serie de actos físicos brutales.

El concepto de tortura adoptado por los organismos internacionales de derechos humanos plantea la inseparabilidad de lo físico y lo mental, y la suficiencia del abuso psicológico por si solo para causar “dolor y sufrimiento físico o mental severos”. En este sentido el Comité de Derechos Humanos en aplicación del protocolo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos ha sostenido que las amenazas de muerte constituyen una forma de tortura y la Convención Interamericana de Derechos Humanos también hace énfasis en la suficiencia del componente psicológico como forma de tortura.

- *Infligidos en forma intencional.* La intencionalidad requerida se refiere a la intención de causar el acto que previsiblemente producirá sufrimiento severo. Tradicionalmente se entendía que la violencia doméstica era pro-

---

21 En relación a la violencia psicológica la ley Nacional 26.485 en su artículo 5° la define como aquella que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

ducto de la pérdida de control del agresor, sin embargo dicha interpretación ha sido fuertemente cuestionada a la luz de la dinámica de maltrato<sup>22</sup>.

- *Para propósitos específicos.* La doctrina y jurisprudencia internacional afirman que la violencia de género contra las mujeres debe ser considerada una grave violación a los derechos humanos porque esta vulnera la dignidad, la integridad y la seguridad de las mujeres y porque también debe ser leída en cuanto discriminación a las mujeres como colectivo, dado que este tipo de violencia es funcional al posicionamiento de las mujeres en un lugar de subordinación e inferioridad respecto de los varones (Copelon. 1997).

La violencia contra la mujer en el ámbito doméstico opera como un sistema alternativo de control social, como una suerte de castigo personal extralegal, carente de reconocimiento jurídico formal, con el permiso explícito o implícito del Estado. El propósito de la violencia doméstica es domesticar a la mujer, lograr la sumisión a través del terror, logrando de este modo cercenar la libertad y la autodeterminación anulando la personalidad. En este sentido la tortura tanto íntima como oficial busca algo más que el dolor temporal (Copelon. 1997).

- *Con alguna participación oficial, ya sea activa o pasiva.* Finalmente en lo que respecta al último de los requisitos debemos decir que la participación oficial no implica necesariamente un mayor impacto o intensidad de la agresión, la cual como hemos visto puede alcanzar niveles extremos en los casos de violencias de género en el ámbito doméstico. En este sentido la jurisprudencia y la doctrina internacional sostienen que “las sanciones de la legislación en relación a la violencia doméstica son con frecuencia inexistentes o no se hacen valer (...) la impunidad resultante legitiman la dominación del marido, y despojan a las mujeres de la posibilidad de escapar o de recibir una protección adecuada a través del sistema de justicia”. En este sentido cuando la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes establece que para que se configure la tortura debe existir consentimiento o aquiescencia del Estado, al

---

22 En este sentido la llamada “pérdida de control”, sea por “motivos de honor”, “celos”, o por el facilitamiento de drogas y alcohol, no implican una causa justificatoria. Está demostrado que generalmente los agresores perpetúan sus actos tan solo en el ámbito doméstico, ocultando sus reacciones de violencias en otros ámbitos de la vida, asimismo también es cierto que no todas las personas que consumen alcohol o drogas son violentas con sus parejas, como así también muchos varones son violentos sin necesariamente ingerir este tipo de sustancias. Lo cual no obsta a que estos faciliten, o profundicen las secuencias de tortura y maltrato.

hablar de aquiescencia según la doctrina y la jurisprudencia internacional quedan expresamente comprendidos aquellos casos de violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico en los cuales el Estado no ha respondido adecuadamente de manera preventiva o punitiva (Copelon. 1997). El Estado interactúa con la violencia de género en el ámbito doméstico a través de la impunidad que existe en torno al reconocimiento formal de este tipo de agresiones. De este modo ser violento contra la mujer, deja de ser un acto individual, para convertirse en una práctica social, culturalmente enraizada y predominantemente inmune a la sanción legal.

En otras palabras, actos de violencia de género, como la violencia doméstica y la violencia sexual, constituyen graves violaciones a los derechos humanos calificables como tortura. A su vez, entre las diversas conductas que atentan gravemente contra la integridad de las personas, la tortura constituye la expresión más severa y su total prohibición tiene el carácter de norma imperativa de *ius cogens*. Ello da cuenta de la entidad de los bienes jurídicos lesionados y de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados tales como la debida diligencia en la prevención, investigación, enjuiciamiento, sanción de los responsables y reparación integral para las víctimas. (Copelon en Salina – Sánchez, 2012).

En este sentido se manifestó también en 2008 el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en su informe ante la Asamblea General de la ONU<sup>23</sup>.

### 2.3. La legítima defensa en contextos de violencia doméstica

El reconocimiento normativo internacional de la violencia doméstica como una forma de tortura impacta directamente sobre los estándares

---

23 Al respecto sostuvo que: En la violencia doméstica, como en la tortura, se suele dar una escalada que a veces resulta en la muerte o en la mutilación de las mujeres o en su desfiguración permanente. Las mujeres con las que se emplea esa violencia (...) padecen de depresión, ansiedad o pérdida de la autoestima y se sienten aisladas. En realidad, la mujer maltratada puede padecer los mismos síntomas intensos propios del estrés postraumático, según se observa en las víctimas de tortura oficial y en las víctimas de violación. Otro paralelo entre el maltrato en privado de la mujer y la tortura, que remite al elemento de impotencia, es la intención de mantener a la víctima en un estado permanente de temor a una violencia imprevisible, con lo que se trata de someter a la persona y de despojarla de su capacidad de resistencia y autonomía, con el objetivo último de dominarla totalmente. Posturas similares han sido desarrolladas desde el Comité contra la Tortura de la ONU” (SALINA – SÁNCHEZ. 2012). Como por ejemplo en el caso CAT, V.L vs. Suiza, Comunicación N° 262/2005, 22 de enero de 2007. Párr. 8.10.

de procedencia de la legítima defensa en los casos de mujeres imputadas por homicidio.

Como lo adelantamos anteriormente el ante proyecto de Código Penal de la Nación en el artículo 5 inciso d) Legítima defensa, introduce una nueva presunción *iuris tantum* a favor del agente, cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiese sufrido anteriores hechos de violencia. Según los autores del anteproyecto “esta presunción responde a la des normalización de los hechos de violencia en el ámbito familiar, en especial contra mujeres y niños. Aunque las circunstancias señaladas son las que debería tomar en cuenta el juez en cada caso, sin necesidad de previsión legislativa alguna, no está de más preverla, dado que la milenaria hegemonía patriarcal como pauta cultural da lugar a errores frecuentes. No es posible pasar por alto que hasta no hace muchos años, la propia ley penal contenía disposiciones inadmisibles que respondían a un claro criterio de discriminación de género (el derogado tipo de adulterio, como ejemplo más notorio).<sup>24</sup> Como se desprende de la lectura de los fundamentos de dicho artículo en el anteproyecto, independientemente de su vigencia, esta debería ser la interpretación que deberían adoptar los operadores judiciales actualmente ya que un accionar en sentido contrario implicaría técnicamente un error que vulneraría el principio de inocencia y los derechos humanos de las víctimas de violencias en el ámbito doméstico.

Es interesante señalar que por lo general la legítima defensa en casos de violencia doméstica suele rechazarse en función de la “falta de actualidad de la agresión”, en el sentido de estar produciéndose. Según Sánchez y Salinas, tal valoración no sería correcta en función de que la agresión no es un requisito autónomo sino que actúa condicionado por la necesidad. Desde esta perspectiva no es correcto asimilar la inminencia con la inmediatez en un sentido cronológico entre la agresión y la defensa. (Zaffaroni, 200 en Sánchez – Salinas. 2012). Según Larrauri “(...) el tribunal necesita considerar el conocimiento específico de la mujer para poder apreciar que en efecto de acuerdo a sus experiencias previas la mujer podía pensar que el ataque era inminente (...)”. (Larrauri. 2002).

Por otra parte Roxin<sup>25</sup> también menciona otros sesgos consistentes en exigir a las imputadas tolerancia frente a la violencia doméstica, en la

24 <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf>

25 Es preciso aclarar que la posición de Roxin al menos en un principio resulta factible a la luz del Código Penal alemán (StGB), según el cual tanto la legítima defensa como el estado de necesidad tienen diverso tratamiento al que le da el derecho argentino. Por lo cual podría profundizarse el análisis dogmático penal de esta teoría en relación al sistema jurídico argentino.

forma de deberes especiales: irse u optar por un medio menos lesivo, en estos casos “la mujer que se encuentra sometida a continuos malos tratos de su marido (...) puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse” (Roxin. 1997 en Sánchez – Salinas. 2012). Este autor también señala que los jueces exigen a las imputadas tolerar la violencia doméstica en el sentido de no reaccionar: cualquier reacción excluye la falta de provocación suficiente (Roxin. 1997 en Sánchez – Salinas. 2012)

### **3. El artículo 34 del Código Penal desde una perspectiva de género**

A continuación se desarrollan los estándares establecidos por la normativa y la doctrina internacional acorde a los estándares internacionales que deberían ser tenidos en cuenta en la interpretación del artículo 34 del Código Penal desde una perspectiva de género. Cabe recordar que el Código Penal de la Nación Argentina en el título V artículo 34 inciso 6 en lo que respecta a la imputabilidad establece que no son punibles “El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.”

Desde la doctrina y la jurisprudencia actual acorde a los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres se establece que estos elementos en los casos de violencia de género en el ámbito doméstico, deben ser interpretados de acuerdo a las siguientes pautas:

#### **3.1. Agresión ilegítima**

El estándar adecuado es que la violencia doméstica que opera como una agresión ilegítima que antecede a la legítima defensa no debe necesariamente consistir en violencia física, ni mucho menos constituir un delito, una agresión física, o riesgo de muerte. Puede tratarse de cualquiera de los tipos de violencias establecidos en la *Convención Belém Do Pará*.

En cuanto a la actualidad de la agresión

...la existencia de un ataque físico en curso no es necesaria para la procedencia de la legítima defensa. Para la Corte Suprema de Tucumán la actualidad

también está dada por la frecuencia de la brutalidad física y la severidad del abuso psicológico que son generalmente determinantes, y en muchos casos no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión. Se trata de una situación que mantiene a la víctima en un constante y aterrador estado de peligro, tanto para su vida como para la de sus hijos/as, frente a la cual podría ejercer la legítima defensa en cualquier momento... (Capilla. 2015)

Actualmente, los estándares de legítima defensa reconocen que

...algunas mujeres matan a raíz de la violencia familiar prolongada; para hacerlo tienen que tomar medidas o hacer planes con el fin de proteger sus vidas (...) una persona puede tener motivos razonables para creer que su conducta es necesaria, aun si “responde a un daño que no es inmediato, o su respuesta implica el uso de la fuerza por encima de la fuerza involucrada en el daño o la amenaza de daño...” (Sánchez- Salina. 2012)

El precedente del S.T.J. de San Luis in re “Gómez, María Laura s/ Homicidio simple”, sentencia n° 10/12 del 28 de febrero de 2.012 sostiene que

...en un contexto de violencia doméstica, la mujer se encuentra atrapada en un círculo, donde la agresión es siempre inminente, precisamente porque es un círculo vicioso del que no puede salir, porque tiene miedo a represalias, sabe que en cualquier momento la agresión va a suceder, los celos siempre existen, con lo cual la inminencia está siempre latente, generalmente no se formulan denuncias por miedo, la víctima de violencia se va aislando y muy pocas veces cuenta todo lo sucedido, ya sea por miedo o vergüenza...

Además esto se da en un contexto sociológico en el cual se presentan serios obstáculos para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género. Si bien este derecho se encuentra consagrado en múltiples instrumentos internacionales como la CEDAW o la *Convención Belem Do Pará*, en la práctica son múltiples los obstáculos socioeconómicos, culturales e institucionales que las personas encuentran para lograr un efectivo acceso a sus derechos<sup>26</sup>.

---

26 En este mismo sentido la Comisión Interamericana de DDHH al establecer que *...la inefectividad judicial general crea un ambiente que facilita la violencia doméstica, al no existir evidencias socialmente percibidas de la voluntad y efectividad del Estado como representante de la sociedad, para sancionar esos actos. Además esto se traduce en el temor de las mujeres víctimas de violencias de género para denunciar este tipo de casos. En este sentido y en virtud del principio de reserva consagrado constitucionalmente, no podría exigirse a las mujeres que para ser consideradas*

### 3.2. Necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla

Durante mucho tiempo la doctrina penal mayoritaria entendió que “era posible limitar o excluir el derecho de defensa necesaria entre esposos, y prescribir que, en la medida de lo posible, el amenazado debía eludir la agresión o recurrir al medio más suave” (Capilla. 2015); además solían atribuirse ciertas exigencias de soportar la violencia doméstica. En este sentido Claus Roxin identifica otros sesgos consistentes en exigir a las imputadas tolerancia frente a la violencia doméstica en la forma de deberes especiales: “...una esposa podrá en caso necesario defenderse incluso con un cuchillo o un revólver contra su marido si éste se dispone a golpearla en la cabeza con un objeto pesado, a atacarla con armas, a romperle los huesos, etc. Y en segundo lugar ninguna esposa tiene por qué soportar malos tratos continuos (incluso leves), que denigran su dignidad y la convierten en objeto de la arbitrariedad del marido. Una mujer que es apaleada casi a diario por su marido por motivos insignificantes, ya no le debe la solidaridad de la que él mismo hace tiempo que se ha desligado; por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse”<sup>27</sup>.

Como resulta del precedente de A., P. D., Trib. Nac. Oral Crim., n. 9, San Juan, sentencia del 07/12/2006 “No se trata aquí de una mera medición cuantitativa de la intensidad o dañosidad de los actos defensivos, porque los medios no son racionales ni irracionales, sino que lo “racional” califica al juicio sobre la necesidad de defenderse con ese medio. Son las posibilidades concretas de impedir o repeler la agresión las que resultan dirimientes. El estándar adecuado sobre la necesidad racional del medio empleado implica el conocimiento específico de la imputada para evaluar la concurrencia efectiva del peligro y las posibilidades concretas de repeler o impedir la agresión, el riesgo. (Sánchez- Salinas, 2012)

Actualmente se entiende que no puede exigirse a las mujeres víctimas de violencia doméstica tolerar determinada cantidad o frecuencia de ataques. Este no constituye un requisito de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, ni de ninguna manera exigible. “Tampoco puede

---

*víctimas de violencia en este tipo de situaciones hayan tenido que previamente denunciar o judicializar sus relaciones para poder obtener la protección integral consagrada en el bloque de constitucionalidad argentina.*

27 ROXIN, Claus. *Derecho penal. parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid. Ed. Civitas. 1997. p. 652.)

ponerse un piso o requerir una determinada intensidad o tipo de violencia doméstica, ni que quien se defiende hubiera optado por un medio o un resultado menos lesivo a su alcance, o que hubiera estado indefensa, sin haber adoptado medidas de seguridad” (Capilla, 2015). Además como sostiene Capilla se reconoce que las víctimas de violencia retrasan su defensa a un momento donde ésta pueda ser efectiva, pues “...ésta deberá, casi por definición, aprovecharse de alguna situación en la cual [el torturador] esté indefenso y su capacidad de defensa esté disminuida”.

Frente a la violencia doméstica “...sugerir que una mujer, para tener éxito en confirmar su inocencia debe defenderse inmediatamente contra el abuso de su abusador, es inapropiado”<sup>28</sup>. El conocimiento que la imputada, testigos directos del hecho o de hechos anteriores, y expertos tienen sobre la violencia doméstica, sus signos, consecuencias, modos de comisión, etc., ayudan a establecer qué conocimiento tuvo la imputada respecto de la inminencia y gravedad de la conducta lesiva<sup>29</sup>.

Desde esta perspectiva el concepto de Legítima Defensa Privilegiada evoluciona hacia una visión preventiva, estableciendo la posibilidad de que está en ciertos casos, especialmente en aquellos que suponen una historia prolongada de tortura y malos tratos, se anticipe y comprenda no sólo una fragmentada dimensión de la convivencia a una agresión aislada, sino que subsuma una historia de vida en común que se caracteriza por el sometimiento al miedo y terror constante. De esta manera, la mujer se encuentra protegida aún en aquellos momentos en los cuales puede defenderse en una oportunidad que le reporte menor riesgo de muerte, como aquellos casos en los cuales mata al agresor mientras éste está dormido<sup>30</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Tucumán en concordancia con la CSJN en el fallo "Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple", destacó que el mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso no puede interpretarse como un sometimiento libre a la violencia<sup>31</sup>. Se reconoce que para la imputada en la decisión de no abandonar el hogar influye la dependencia económica y emocional, así como

28 ROBERTSON STAINSBY, Debra. *The Tales We Tell: Exploring the Legal Stories of Queensland Women Who Kill*. Queensland University of Technology, Faculty of Law, School of Justice. 2003. p. 139.

29 AA.VV. "Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres." Op..Cit. Nota al pie n° 1, pág. 197.

30 S.T.J. de San Luis in re "Gómez, María Laura s/ Homicidio simple", sentencia n° 10/12 del 28 de febrero de 2.012

31 En concordancia con CSJN, 1/11/2011, "Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple", Fallos: 334: 1204.

la impunidad de la violencia doméstica, que reviste carácter de generalizada. “Como se advierte, este precedente jurisprudencial proyecta sus efectos no sólo sobre las cuestiones procesales que hacen a la fundamentación y/o la motivación de la sentencia, las reglas de la sana crítica racional y la perspectiva de género como pauta hermenéutica de los hechos y las pruebas, sino también sobre cada una de las categorías dogmáticas de las causas de justificación, que sin lugar a dudas coadyuva a generar realidad social, apostando a la plena realización de las obligaciones internacionales asumidas por el estado argentino en virtud de la CEDAW y la Convención de Belém do Pará”.

### 3.3. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende

“La provocación es anterior a la agresión y no puede ella misma configurar una agresión.” (Sánchez – Salinas, 2012). Siguiendo a Zaffaroni

...no basta el carácter provocador de la acción para excluir la justificación (...) es menester que ésta sea suficiente. Su suficiencia dependerá de dos caracteres, uno positivo y otro negativo: a) la previsibilidad de que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante. Esta previsibilidad debe estar dada de modo tal que las más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta; b) en el cálculo de previsibilidad anterior no deben computarse las características personales del agresor negativas para la coexistencia, como matonismo, agresividad, hábitos pendencieros, irascibilidad, etc.

El reconocimiento de la violencia de género como tortura también ha impactado en la interpretación de la presente disposición.

Considerando que existe una tendencia a minimizar la gravedad de las violencias impartidas en el ámbito doméstico y a culpabilizar a las víctimas por las mismas, como señalan Sánchez y Salinas “la doctrina tradicional interpretaba los requisitos de la falta de provocación suficiente entendiéndolo que las mujeres siempre provocaban, que para no hacerlo debían ser pasivas y sumisas, y no demostrar ningún tipo de odio, rabia, resentimiento u hostilidad hacia el torturador”.

Ahora bien esta sumisión y pasividad también era interpretada como una corresponsabilidad de la víctima, y que por lo tanto no podían alegar la provocación suficiente. Los recientes estudios sobre violencia doméstica dan cuenta de que para el torturador “el umbral de provocación es

muy bajo, y es cada vez más bajo y arbitrario, además de reconocer que no hay ningún deber especial de tolerancia por parte de la víctima”.

En este sentido para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, derivar que “a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso” ella se había sometido libremente a la violencia “no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido”. Se reconoce que para la imputada “en la decisión de no abandonar el hogar influye la dependencia económica y emocional”. Además las características negativas del agresor, eran interpretadas como una justificación de la conducta del varón (celos, impulsividad, agresividad, crueldad, etc.), consideradas características esenciales de la virilidad (Sánchez-Salinas. 2012).

Actualmente, el estándar es que

...en los contextos tanto de tortura oficial como del maltrato doméstico, la malicia individual no es necesaria y la pérdida de control no es justificatoria. Centrarse en la intención de quien provoca el acto violento oscurece la severidad del sufrimiento amenazado o infligido, perdonando al perpetrador en lugar de reconocer a la víctima (...) la afirmación de que el maltrato es simplemente un desahogo impulsivo es un aspecto de la despolitización de la violencia domestica contra la mujer... (Sánchez-Salinas. 2012).

### 3.4. Sobre las pruebas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es ilustrativa sobre las nuevas modalidades de apreciación de la prueba en los casos de violencia de género, especialmente en el ámbito doméstico. En la causa Rosendo Cantú<sup>32</sup> este Tribunal al evaluar el testimonio de una víctima de violación sexual dijo: "(...) dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho" (Considerando 89).

La Corte considera que no es inusual que el recuento de los hechos de esta naturaleza contengan algunos aspectos que puedan ser considerados, a

---

32 Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Sentencia de 31 de Agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

priori, inconsistencias en el relato. Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña. (Considerando 91).

También la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, el día 28/04/2014, en los autos caratulados “S., T. M. s/ Homicidio agravado por el vínculo” en las audiencias de debate, la defensa oficial acreditó el contexto de violencia de género y doméstica, en la cual la imputada se encontraba inmersa, invocando que la Sra. S. actuó amparada en una causa de justificación (legítima defensa propia y de terceros); dicha situación de violencia se acreditó con las declaraciones de la imputada, de su hijo menor de 11 años de edad (que intervino en el hecho), y demás familiares; los informes socio ambientales; los Informes de psicodiagnóstico de la Psicóloga Forense, y su testimonio durante el debate oral, pericial psiquiátrica y el testimonio en audiencia de debate del psiquiatra forense. Asimismo se acreditaron las lesiones que sufrió la imputada durante la agresión, con el examen médico legal de la policía, con los certificados de los médicos que la asistieron luego del hecho y durante su privación de libertad, y con Informes del médico forense”.

En la mencionada causa el supremo tribunal de Tucumán afirma que “resulta descalificable como acto jurisdiccional válido la sentencia que condena a la imputada omitiendo valorar el plexo probatorio reunido en forma integral y a la luz del marco normativo nacional y supranacional que incorpora la 'perspectiva de género'”. (Capilla, 2015)

Otro aspecto a considerar es que en el caso Y.C.B. del año 2002 de CABA la misma fiscalía fue quien solicitó la absolución por considerar que la imputada obró en legítima defensa. En este caso se valora a favor de la imputada el contexto del historial de violencia sufrido y se analiza su acción defensiva en el marco de la violencia que rodea específicamente los hechos del caso, ejercida por la víctima contra ella.

Finalmente cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple” dijo que “la ley 26.485 ...declara que sus disposiciones son de orden público (artículo 1°) ...y establece un principio de amplitud probatoria ‘para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que

se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos', tanto para tener por acreditados los hechos cuanto para resolver en un fallo al respecto (artículos 6° y 31)"<sup>33</sup>.

#### 4. Sobre el petitorio del *amicus curiae* en el caso C.R

En el petitorio del *amicus* se sostuvo que la perspectiva de género integra las reglas de la "sana crítica racional" que debe aplicar lx juezx al resolver los casos que llegan a su conocimiento, como un criterio hermenéutico y una regla de reconocimiento que la integra<sup>34</sup>. Por ello en el mismo se solicitaba a la justicia que acepte como *Amicus Curiae* en la causa al Programa "Género, Sociedad y Universidad" de la Universidad Nacional del Litoral y que se tengan en cuenta todos los precedentes normativos y jurisprudenciales expresados en el escrito presentado. Todo ello con el objetivo de que se disponga el cese de la medida coercitiva de arresto domiciliario impuesta a C.R. hasta tanto se demuestre una acción punible y que se arbitren las medidas necesarias para que la Sra. C.R. reciba asistencia integral con la mayor celeridad posible. Todo ello basándose en el entendimiento de que su accionar debía ser calificado como un caso de legítima defensa.

33 Asimismo el artículo 29 de la citada ley establece que

*...siempre que fuere posible el/la juezx interviniente podrá requerir un informe efectuado por un equipo interdisciplinario para determinar los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro en la que se encuentre. El/la juezx interviniente también podrá considerar los informes que se elaboren por los equipos interdisciplinarios de la administración pública sobre los daños físicos, psicológicos, económicos o de otro tipo sufridos por la mujer y la situación de peligro, evitando producir nuevos informes que la re victimicen... (art. 29).*

34 Esta afirmación es acorde a lo establecido en el Art. 422 inc. 4 CPPT y de los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, especialmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y ratificada por Argentina mediante ley 23.179 en 1985) incorporada a nuestra constitución Nacional, sus recomendaciones, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) (suscripta en 1994 y aprobada por Argentina mediante ley 24.632 en 1996), y los documentos suscriptos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana: la "Declaración de Cancún" (2002) y las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad" (2008).

#### 4.1. Balance de las Acciones Emprendidas: junta de firmas, *amicus* y medios de comunicación

Además de la presentación del *amicus* se llevaron adelante otras acciones para dar visibilidad al caso y a la problemática. Así, por ejemplo, emprendimos (a título personal no institucional), una junta de firmas solicitando a la justicia que revea su accionar en relación con el caso C.R.

Uno de los sitios en los cuales juntamos firmas y hablamos con los vecinxs de la Ciudad de Santa Fe fue en la marcha del 3 de junio de “Ni una menos”, ocasión en que las personas allí presentes acompañaron el reclamo, fundamentalmente las activistas y movimientos feministas.

Sin embargo en relación al proceso auto reflexivo del propio sistema observamos serias resistencias al planteo por parte de colegas y juristas, especialmente aquellxs vinculados al derecho penal, lo cual de algún modo dejó explícito el peso que la “dogmática” tradicional en torno a la legítima defensa tiene aún hoy en lxs operadorxs jurídicxs.

También observamos la reticencia que existe en el ámbito de los operadores jurídicos a la crítica al sistema judicial, especialmente cuando ésta recae sobre unx operadrx o caso concreto. Pensamos que esto responde de algún modo a la defensa de cierto orden burocrático/corporativo con el cual se identifican lxs abogadx.

Cabe destacar que los medios de comunicación también brindaron un importante respaldo a la iniciativa constituyéndose en actor clave en por lo menos tres aspectos: 1) Para tomar conocimiento del caso a partir de la información publicada por los medios locales que brindaron cobertura; 2) Para dar visibilidad al reclamo efectuado a través del *amicus*; y 3) Para sensibilizar y concientizar a otras personas que podrían estar atravesando un caso de características similares o a lxs operadorxs jurídicxs que deban resolver un caso de características similares.

Una semana después de presentado el *amicus* fuimos convocadxs por los fiscales de homicidios que se encontraban a cargo del caso. Lxs mismos manifestaron estar de acuerdo con la presentación. No obstante observamos una dificultad en el conjunto de los operadores judiciales (fiscalxs, defensorxs, juecxs) para poder apreciar la especificidad de este tipo de casos y darle un tratamiento diferencial, lo que quedó de manifiesto con expresiones como “hay que tomarlo con pinzas”, “todos los acusados que se sientan acá dicen que son inocentes”, “si yo tomo este criterio acá (en relación a la prisión preventiva) genero un precedente que después puede

ser injusto ante el asesinato de un niño de ‘10 años’, “qué le digo a la madre”, “también hay que pensar en la familia de la víctima”.

También otro de los argumentos esgrimidos desde la fiscalía era que la defensa fue quién debía haber planteado la existencia de la relación de violencia de género<sup>35</sup>.

Del conjunto de los discursos y argumentos sostenidos por lxs operadores se desprendió que a priori la regla es “no creer a las mujeres que alegan matar a su marido porque son víctimas de violencia de género y tienen miedo de que las maten o violen a ella o a sus hijxs”. De este modo se produce una inversión de la carga de la prueba quedando exento el Estado de su deber de demostrar que la persona que alega ser víctima de violencia doméstica está mintiendo.

Asimismo pudieron dilucidarse en el presente caso las limitaciones de lxs operadorxs judiciales para la interpretación de los hechos, lo que quedó implícito en la valoración del testimonio de la víctima y de otras evidencias producidas hasta entonces y en el modo en que el sistema criminalizó a C.R, quien debió cumplir casi dos meses de arresto domiciliario y simbólicamente fue reproducida como la “imputada – la asesina”, ergo la “mala víctima”, aquella que no tiene derecho a acceder a sus derechos.

Quedó manifiesta también la escasa formación y sensibilización de lxs operadores jurídicos con la perspectiva de género y el desconocimiento de los estándares internacionales (e incluso nacionales) vigentes en materia de violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico, especialmente en lo relativo a la legítima defensa. Se observaron grandes dificultades de lxs operadorxs y del sistema para articular institutos y prácticas tradicionales con los nuevos paradigmas de derechos humanos de las mujeres. Así “violencia doméstica”, “derecho de las mujeres a una vida libre de violencias”, “legítima defensa”, “derecho a la asistencia integral”, “principio de inocencia”, aparecen como matices de una trama compleja, repleta de aparentes contradicciones que tejen los intersticios a partir de los cuales el sistema judicial logra moderar el alcance de los nuevos derechos conquistados por las mujeres.

Otro aspecto a destacar es la valoración que C.R. efectuó de lxs policías, de quienes sostuvo siempre haber tenido un buen trato, incluso cuando estuvo detenida en una comisaría, comentando que incluso una

---

35 Al respecto, Código Procesal Penal de Santa Fe, Artículo 85.- Forma de actuación.- En el ejercicio de su función, el Ministerio Público Fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley. Deberá formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aún a favor del imputado.

mujer policía se acercó y le dijo que ella también había atravesado la misma situación. Para C.R. en general el trato de las instituciones fue bueno; lo cual también puso al descubierto la falta de conocimiento de las mujeres de sus derechos y la naturalización en consecuencia de las violencias institucionales.

C.R. hasta no tener acceso a los fundamentos jurídicos y conocer otros casos de legítima defensa en el ámbito de la violencia doméstica, no era consciente de la arbitrariedad por ejemplo de la medida coercitiva que recaía sobre ella, ni tampoco del conjunto de herramientas a las que debería haber accedido en tanto víctima de violencia de género, sin obstáculos ni dilaciones vinculadas a la asistencia y restitución de derechos.

Otro párrafo aparte merece la respuesta ante la solicitud de asistencia. A partir del presente caso se puso de manifiesto la falta de protocolos, de opciones, de políticas o modalidades específicas de los servicios sociales de asistencia para garantizar la restitución de derechos de las mujeres víctimas de violencias de género que se encuentran privadas de libertad o que ingresan al sistema, y al proceso en carácter de “imputadas”. Por ello es que consideramos que este es un tema que necesariamente debe incluirse en la agenda feminista e introducirse específicamente de modo explícito en el sistema jurídico.

En este sentido es ilustrativo que en el caso fue un proyecto radicado en la Facultad de Derecho de la UNL quien brindó asistencia psicológica y asesoramiento sobre los recursos de asistencias disponibles. Afortunadamente una vez revocado el arresto domiciliario C.R. pudo acceder a una ayuda, dependiente de la provincia.

También quedó de manifiesto la falta de un abordaje integral respecto de los niños, niñas y adolescentes que se encuentran inmersos en estos contextos familiares de violencias domésticas, donde al igual que en los casos de femicidio terminan generalmente con uno de sus responsables parentales fallecidos y con el/lx otro privado de libertad. Pensamos que en este tipo de situaciones deben articularse mecanismos específicos, de oficio, que permitan a estxs niñxs a travesar estas situaciones de extremas vulnerabilidades y desigualdades que luego muchas veces se traducen en la reproducción de nuevos episodios y formas de violencias y con ello de criminalización, lo cual se ve profundizado por componentes de clase que producen una trama mucho más espesa de desigualdad y de opresión, atravesada por los conflictos inter/intrafamiliares que se propagan como consecuencia de los feminicidios íntimos y de la legítima defensa.

## 5. Conclusiones

A partir del presente caso es que logramos tomar contacto en primera persona con esta problemática, lo cual nos llevó a pensar que es necesario emprender ciertos desafíos desde el activismo jurídico feminista, de cara a todas las mujeres que actualmente se encuentran privadas de libertad por defenderse del femicidio, como así también para que en el futuro los nuevos casos que se presenten se aborden de acuerdo a los estándares internacionales vigentes relativos a las violencias contra las mujeres y las obligaciones estatales. En este sentido pensamos que una posible agenda tendiente a paliar los efectos de la criminalización de las personas que han sufrido violencia de género debería contemplar por lo menos los siguientes aspectos:

1. Profundizar la capacitación y sensibilización en género y feminismos de lxs operadorxs jurídicos, y especialmente judiciales<sup>36</sup>.
2. Empezar litigios estratégicos individuales o colectivos para que se revisen las sentencias de las mujeres que actualmente se encuentran condenadas por homicidios, especialmente aquellos que fueron calificados por el vínculo, que ocurrieron en un contexto, situación, o relación de violencia de género<sup>37</sup>.

---

36 En este sentido debemos tener presente la recomendación n° 33 del comité de seguimiento de la CEDAW publicada en julio de 2015, la que sostiene que los estereotipos “impiden el acceso de las mujeres a la justicia en todas las áreas de la ley, y que pueden tener un impacto particular sobre las mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia”, “los estereotipos distorsionan las percepciones y los resultados en las decisiones basadas en las creencias y mitos preconcebidos lugar de los hechos relevantes”. “A menudo los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que ellos consideran que es el comportamiento apropiado para las mujeres y castigan a los que no se ajusten a estos estereotipos, estos estereotipos también afectan la credibilidad dada a las voces, argumentos y testimonios de las mujeres, como los peritos y los testigos” .En todas las áreas del derecho, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, la cual puede, a su vez”. La recomendación también destaca que lxs juecxs y magistrados no son los únicos actores en el sistema de justicia que aplican, refuerzan y perpetúan los estereotipos. Los fiscales, agentes del orden y otros actores a menudo permiten a los estereotipos influir en las investigaciones y en los juicios, especialmente en los casos de la violencia basada en el género, los estereotipos, que socavan las pretensiones de la víctima / sobreviviente y apoyando al mismo tiempo las defensas adelantadas por el presunto autor. Por lo que se afirma que los “estereotipos impregnan tanto la investigación como las fases de prueba y la forma del juicio”.

37 Esta propuesta debe ser pensada a la luz del principio de la ley penal más benigna y de todas las reformas jurídicas efectuadas en materia de género y violencias contras las mujeres en los últimos 20 años.

3. Iniciar procesos de reparación civil para todas las mujeres que han sido privadas de libertad y estigmatizadas por defenderse del femicidio en la Argentina.

4. Garantizar el acceso a la ley 26.485 en todos sus aspectos a las mujeres que se encuentran privadas de libertad. Considerando especialmente la recomendación n° 33 del comité de seguimiento de la CEDAW<sup>38</sup>.

5. Modificar la actual redacción del instituto de la legítima defensa del Código Penal de la Nación, con el objeto de incluir expresamente la perspectiva de género y de evitar que a partir de un uso discrecional de dicho instrumento se haga una aplicación sexista y androcéntrica del derecho.

6. Desde nuestra perspectiva la redacción propuesta por el anteproyecto<sup>39</sup> no cumple con todas las expectativas y podría tornarse por su redacción, en un instrumento que a partir de la discrecionalidad de lxs juecxs nuevamente sea utilizado para la criminalización de las víctimas de violencia de género. En este sentido pensamos que sería recomendable que la presun-

---

38 Esta recomendación establece expresamente que el Comité toma nota de que muchos países tienen una escasez aguda de policía capacitados y personal legal y forense, capaces de hacer frente a los requerimientos de las investigaciones penales. Por lo que el Comité recomienda a los Estados Partes: (m) Seguir de cerca los procedimientos de sentencia y eliminar toda discriminación contra la mujer en las penas previstas para los delitos y faltas en particular y en la elegibilidad para libertad condicional o libertad anticipada de la detención; (n) Asegurarse de que existan mecanismos para supervisar los lugares de detención; prestar especial atención a la situación de las mujeres privadas de libertad; y aplicar la orientación y las normas internacionales sobre el tratamiento de las mujeres detenidas; (o) Mantener datos precisos y estadísticas sobre el número de mujeres en cada lugar de detención, los motivos de su detención, la cantidad de tiempo que se han celebrado, si están embarazadas, o acompañado de un bebé o un niño, su acceso a legal, salud y servicios sociales y su elegibilidad para y el uso de procesos disponibles de casos de revisión, las alternativas no privativas de libertad y las posibilidades de formación; y (p) Utilice la detención preventiva como último recurso y durante el menor tiempo posible, y evitar preventiva o después de la detención preventiva, por delitos menores, y por no poder pagar la fianza para esos delitos.

39 El Ante proyecto de Código Penal de la Nación en el artículo 5 inciso d) Legítima defensa, introduce una nueva presunción *juris tantum* a favor del agente, cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiese sufrido anteriores hechos de violencia. Según los autores del anteproyecto "esta presunción responde a la desnormalización de los hechos de violencia en el ámbito familiar, en especial contra mujeres y niños. Aunque las circunstancias señaladas son las que debería tomar en cuenta el juez en cada caso, sin necesidad de previsión legislativa alguna, no está de más preverla, dado que la milenaria hegemonía patriarcal como pauta cultural da lugar a errores frecuentes. No es posible pasar por alto que hasta no hace muchos años, la propia ley penal contenía disposiciones inadmisibles que respondían a un claro criterio de discriminación de género (el derogado tipo de adulterio, como ejemplo más notorio)"

ción no se limite a la violencia ocurrida en el ámbito doméstico sino que debería contemplar los distintos tipos de violencias de género. Además la expresión que requiere que “el agredido hubiese sufrido anteriores hechos de violencia” puede suscitar grandes controversias en torno a las evidencias para acreditar “anteriores hechos de violencias”. Asimismo no queda claro si contempla al conjunto de tipos de violencias (psicológica, física, sexual, económica, simbólica) o si se limita a la violencia física. Al respecto, consideramos que desde una interpretación teleológica que tenga en cuenta los derechos humanos de las mujeres consagrados en el bloque de constitucionalidad argentino debería bastar con el testimonio de la víctima/agredido y no podría exigirse como un requisito previo para la aplicación de la presunción que haya existido un episodio anterior de violencia física y que del mismo consten pruebas.

7. Consideramos que en caso de introducirse una reforma normativa relativa a esta problemática deberían establecerse sanciones y mecanismos que responsabilicen a los operadorxs jurídicos por la interpretación sexista y las conductas de abuso del poder que criminalicen a las víctimas de violencia de género.

8. Finalmente concluimos que deben diseñarse protocolos de actuación ante homicidios ocurridos en el ámbito doméstico que permitan un abordaje integral y la restitución de derechos al conjunto de las personas involucradas, especialmente a las víctimas criminalizadas, principalmente mujeres, y a los niños, niñas y adolescentes.

## Referencias bibliográficas

- Publicaciones del Ministerio Público de la Defensa: “Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres.”, Cap. VI: “Defenderse del Femicidio”, por SÁNCHEZ, Luciana y SALINAS, Raúl. <http://www.mpd.gov.ar/uploads/Violencia%20de%20genero.%20Estrategias%20de%20litigio%20para%20la%20defensa%20de%20los%20derechos%20de%20las%20mujeres.pdf>
- CAT/C/QAT/CO/1, párr. 22. *Human Rights Committee general comment N° 28 (2000) on article 3 (The equality of rights between men and women)*, párr. 11.
- CIDH, “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 60, 3/11/ 2011, en <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>.
- CIDH, Audiencia Temática, Violencia Doméstica en Centroamérica, 125° período extraordinario de sesiones, organizada por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y organizaciones pertenecientes a la Red Feminista Centroamericana contra la Violencia hacia las Mujeres, Comisión Interamericana de DDHH, Guatemala, Audiencia Regional sobre Violencia Doméstica en Centroamérica, disponible en [http://www.alianzaintercambios.org/files/doc/1167172566\\_1167167473\\_Introduccion%20y%20conclusiones%20CIDH.pdf](http://www.alianzaintercambios.org/files/doc/1167172566_1167167473_Introduccion%20y%20conclusiones%20CIDH.pdf), p. 2.
- CAPILLA, Mariana. El nuevo estándar de protección de los derechos de las mujeres. La Legítima Defensa Privilegiada en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.
- COPELON, Rhonda. 1997, cita a J. BURGERS, Herman y DANELIUS, Hans: *The United Nations Convention against Torture: a Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.
- ROBERTSON STAINSBY, Debra. *The Tales We Tell: Exploring the Legal Stories of Queensland Women Who Kill*, Queensland University of Technology. Faculty of Law. School of Justice. 2003. p. 139.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid. Ed. Civitas. 1997. p. 652.
- SBDAR, Claudia B. “Interpretación de los hechos en la violencia de género”. Publicado en: LA LEY 18/09/2013, 18/09/2013, 1 - LA LEY 18/09/2013, 1 - LA LEY 2013-E, 1; Cita Online: AR/DOC/3399/2013”.
- ZAFFARONI, Eugenio et al. *Derecho penal parte general*. Buenos Aires. Editorial Ediar. 2000.

## Fallos

- Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Sentencia de 31 de Agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- 30 Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, Sentencia de 30 de Agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- CSJN, "*Casal, Matías Eugenio s/ robo simple en grado de Tentativa*", causa n° 1681, (Fallos, 328:3399).
- CSJN, 1/11/2011, "*Leiva, María Cecilia s/ homicidio simple*", Fallos: 334: 1204
- S.T.J. de San Luis in re "*Gómez, María Laura s/ Homicidio simple*", sentencia n° 10/12 del 28 de febrero de 2.012.
- CSJTuc, "*S., T. M. s/ Homicidio agravado por el vínculo*", Sentencia del 28/04/2014.
- A., P.D., Trib. Nac. Oral Crim., n. 9, San Juan, sentencia del 07/12/2006.

## Alejandra C. Del Río Ayala

Abogada, Especialista en Derecho Procesal Penal de la UNL, Maestranda en Criminología en la UNL, estudiante del Diplomado Género y Justicia de FLACSO; integrante de diversos proyectos de investigación CAI+D y de proyectos de extensión del Programa de Género de la UNL, participante en la elaboración del Informe Sombra de la CEDAW con especial referencia al Art. 6 en el año 2010 en la ciudad de Santa Fe, autora del artículo “El rol de la víctima en el acceso a la justicia” publicado en la Revista Papeles del Centro de Investigaciones de la UNL.

## María Noé González Igartúa

Abogada, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL; estudiante del Diplomado de Género y Justicia de PRIGEPP-FLACSO, integrante del Programa de Género de la UNL, integrante del equipo coordinador del proyecto de Extensión de la UNL “ENREDATE”, empleada del Ministerio Público Fiscal de la Nación en el cargo de Oficial en la Fiscalía General ante el Tribunal Oral Federal de Paraná, Gestora del distrito de Entre Ríos de la Dirección de Orientación, Acompañamiento y Protección a Víctimas (DOVIC)

## María Paula Spina

Abogada, Doctoranda en Derecho UNL, Docente de Filosofía del Derecho en la FCJS-UNL, Investigadora en diversos proyectos CAI+D. Directora del proyecto Extensión ENREDATE. Participante en la elaboración del Informe sombra de la CEDAW con especial referencias al Art. 6 en el año 2010; colaboradora en la redacción del Capítulo III “Políticas Públicas para la efectivización de los Derechos Humanos de las víctimas de Trata de Personas, con fines de explotación sexual en Argentina” del libro: “Reflexiones sobre Políticas Públicas y su Adaptación a las Nuevas Prácticas Ciudadanas”.

---

### **REGISTRO BIBLIOGRÁFICO**

Alejandra C. Del Río Ayala y otros

«EL DERECHO A DEFENDERSE DEL FEMICIDIO: LA LEGÍTIMA DEFENSA EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 6, número 17, Santa Fe, República Argentina, 2016, pp. 51–82.

# 4

Cristián Giménez Corte

## LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: UN MANIFIESTO JURÍDICO

---

### RESUMEN

Este ensayo, que por su carácter no es meramente descriptivo, sino que propone un curso de acción, y por ello lo llamamos “manifiesto”, va a explorar si el Derecho Internacional Privado (DIPR) puede contribuir no solo a la sistematización formal, sino también a la legitimación sustancial de las normas del sistema jurídico global.

A fin de alcanzar los objetivos propuestos, este ensayo se propone utilizar las herramientas metodológicas propias del DIPR; esto es el método conflictual, también llamado método indirecto, para tratar de encontrar soluciones justas al conflicto de leyes y jurisdicciones desde una perspectiva global.

### PALABRAS CLAVE

Derecho Internacional Privado · Conflicto de Leyes · Globalización

### ABSTRACT

This paper, which is not merely descriptive, but it also proposes a course of action, and because of that we call it “manifest”, will explore if PIL can contribute not only to the formal systematization, but also to the substantive legitimation of the rules of a global system of law.

To this end, this essay will utilize the methodological tools developed by PIL, that is, mainly, the conflict of law methodology, to try to find solutions to the problems brought by conflicts of laws and jurisdiction, from a global perspective.

### KEY WORDS

Private International Law · Conflict of Law · Globalization.

-Yo mismo le había dicho a Norman que temiera el rayo de Dios.  
A lo cual el inspector contesto, con una leve sonrisa:  
-Solo que ese agente esta fuera de mi jurisdicción.  
-Pero usted no está fuera de la Suya- contesto el herrero- recuérdelo.  
GK Chesterton, El Candor del Padre Brown

## 1. Introducción

Este ensayo se propone explorar la posibilidad de la aplicación del método conflictual del DIPR a todo tipo de situaciones en donde se presenta un potencial conflicto de normas y/o jurisdicciones. Estas situaciones no implican necesariamente un conflicto de leyes “nacionales” reclamando la regulación de una relación “privada internacional.” Más ampliamente, en cambio, estas situaciones implican cualquier tipo de conflicto de normas (intra-nacionales, inter-nacionales, supra-nacionales, trans-nacionales, formales e informales, oficiales y no oficiales, públicas y privadas) potencialmente aplicables a cualquier relación jurídica.

Con este fin, para analizar una posible expansión del método del DIPR, se debe contrastar el objeto clásico del DIPR contra los presupuestos materiales o fácticos sobre los que el DIPR se construye.

Como es sabido, la determinación del derecho aplicable a las “relaciones privadas internacionales” ha sido la función básica del DIPR durante siglos. El DIPR clásico es una rama moderna del derecho, y como tal está basada en el principio de soberanía del estado-nación. Una de las características principales del estado-nación (moderno) es la centralización y monopolización de la creación y aplicación del derecho, sobre todo su territorio y a toda su población. De esta manera, todas las relaciones privadas quedan regidas por una sola ley: la ley del estado-nación. En casos de relaciones privadas puras, la pregunta por el derecho aplicable no surge, ya que indefectiblemente se aplica la ley del estado-nación. Pero cuando en algunos casos raros, cuando la relación privada nacional presenta algún “elemento extranjero”, traspasando los límites nacionales, la situación cambia completamente<sup>1</sup>.

---

1 Sobre el origen y metodología del DIPR puede verse GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 8va. Edición. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1992; BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. 3ª edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1991; CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*. Cit. SOTO, A. *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. 3ra. Ed. Editorial Estudio. Bs. As. 2014. FERNÁNDEZ ROSAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2º ed.. Madrid. Civitas. 1995. FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho Internacional Privado, una mirada actual sobre sus elementos*

En este tipo de casos con “elementos extranjeros,” desde que la relación privada va a estar vinculada a más de un sistema jurídico, se torna necesario determinar: a) que ley nacional va a ser aplicable; b) que juez nacional va a tener jurisdicción; y, c) si esta sentencia del juez nacional va a ser reconocida y ejecutada en el extranjero<sup>2</sup>.

El DIPR intenta responder a estas tres preguntas básicas por medio de sus herramientas legales tradicionales: las normas de derecho aplicable (incluyendo las normas de conflicto, las normas materiales, y las normas imperativas), las normas jurisdiccionales, y las normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos<sup>3</sup>.

Durante estos últimos años, sin embargo, las condiciones materiales o fácticas sobre las que el DIPR se ha desarrollado, es decir, la existencia de estados soberanos que monopolizan la creación y aplicación del derecho, han cambiado. Fenómenos sociales y económicos, incluidos la globalización y transnacionalización de los mercados comerciales y financieros, la migración internacional, las crisis humanitarias y los desastres naturales, la expansión de las telecomunicaciones, el desarrollo de las tecnologías de la información, incluida Internet, y la aparición de bienes públicos mundiales, están constantemente poniendo a prueba las bases teóricas del DIPR. Estos nuevos fenómenos son intrínsecamente inter-nacionales,

---

esenciales. Córdoba Argentina. *Advocatus*. 1998. AA.VV. “Principios objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado: balance y perspectivas de una década” en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 45, n° 2. 1993.

2 Por ejemplo, un contrato de compraventa celebrado en Argentina para cumplirse en Italia, presenta un elemento extranjero, cual es el lugar de cumplimiento, ubicado fuera del sistema jurídico argentino. En caso de una disputa entre las partes surgen las preguntas: a) ¿qué derecho rige el contrato (el argentino o el italiano)?; b) ¿ante qué juez se debe interponer una demanda?; y c) ¿una sentencia pronunciada por el juez italiano, puede ser ejecutada en Argentina? Estas preguntas no surgen cuando todos los elementos relevantes de la relación jurídica están conectados a un solo ordenamiento jurídico. De esta manera

*el núcleo del Derecho Internacional Privado actual está integrado por el conflicto de leyes [...] dicho sector nuclear abarca no solo el conflicto ‘de leyes’ sino el conflicto de jurisdicciones y los conflictos procesales, que se plantean por la transposición procesal e incluyen lugares destacado el auxilio judicial internacional y el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros...*

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”. *Fundación Para las Investigaciones Jurídicas*. Rosario. 1997, pp. 10 y 11.

En el mismo sentido VISCHER afirma: “*Adjudicatory jurisdiction, choice of law and recognition form a unity within private international law*”, VISCHER, F. *General Course of Private International Law*, R. des C., t. 232, 1992-I, p. 199, y también NORTH, P.M. and FAWCET, J.J. *Cheshire and North’s Private International Law*. 12 th edn. London. Butterworths. 1992. 3-4.

3 Sobre la pluralidad de normas de DIPR ver BOGGIANO A. *Derecho Internacional Privado*. Abeledo-Perrot. 3° ed. vol. I. 1991, pp., 111-141; CIURO CALDANI, M.A. *Op. cit.* pp., 7-22; FERNÁNDEZ ROSAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S. *Op. Cit.* pp., 383-390.

o mejor, trans-nacionales, ya que trascienden las fronteras de cualquier estado-nación, como así la capacidad de cualquier estado para regular efectivamente estos fenómenos<sup>4</sup>.

Aun así, estos fenómenos transnacionales no carecen de regulación. Sin embargo, su marco legal no está dado por normas promulgadas por estados nacionales, sino por una variedad y multiplicidad de normas intranacionales, nacionales, inter-nacionales y trans-nacionales, formales e informales, oficiales y no oficiales, públicas y privadas. Este mosaico de normas ha multiplicado exponencialmente los potenciales derechos aplicables, y por lo tanto fragmentado el derecho aplicable a una relación jurídica dada, incrementando el riesgo de superposiciones, contradicciones, e incluso, pese a esta superproducción, lagunas normativas<sup>5</sup>. Más aun, la “desnacionalización” de la producción del derecho y el surgimiento de fuentes de derecho “privadas” lleva a otra pregunta quizá más importante aún, cual es la pregunta sobre la legitimidad del sistema jurídico global.

Estos cambios han sacudido profundamente los pilares del DIPR, el que hasta ahora no ha sabido, no ha podido, o no ha querido brindar una solución apropiada, sistemática y legítima para estos nuevos problemas<sup>6</sup>. Sin embargo, el DIPR sigue siendo la disciplina jurídica mejor preparada para enfrentar los problemas relativos a los conflictos de leyes y jurisdicciones<sup>7</sup>.

Pero para poder, describir, explicar y sistematizar un sistema jurídico cada vez más global, el DIPR necesita rever, reconsiderar, y repensar, su propio “objeto” y “método.” Este ensayo se propone examinar críticamente los fundamentos teóricos del DIPR, tratando de, por un lado, expandir sus límites conceptuales; pero por otro, revisar el origen histórico del DIPR,

---

4 Ver en general MUIR WATT, H. *New Challenges in Public and Private International Legal Theory : Can Comparative, Scholarship Help ?*, en VAN HOEKE, Mark (ed). *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Hart. 2004, p. 271.

5 Siguiendo con el ejemplo de la nota 2, los conflictos de leyes ya no se darían únicamente entre el derecho “nacional” argentino y el italiano. El contrato de nuestro ejemplo puede ahora quedar sujeto a “resoluciones” provinciales regulando la exportación de ciertos productos; a “directivas” de la Unión Europea, a “reglas” del Mercosur, a “decisiones” de la Organización Mundial de Comercio, o a “guías” de la Cámara de Comercio Internacional. Sobre la múltiple naturaleza de normas y sus relaciones puede verse TEUBNER, G., *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, en *The American Journal of Comparative Law*, 45. 1997. pp., 149-169.

6 El DIPR “[does not] offer any systemic vision, or sense of meaning, to the changes affecting law and authority in a global environment.” MUIR-WATT, Horatia. *Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet*. 2011 Available at: [http://works.bepress.com/horatia\\_muir-watt/1](http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1) (16 July 2012), p. 3.

7 “... the methods associated with private law may still be the most effective in the global arena in tethering private power and reconnecting fragmented sources of norms.” MUIR-WATT, H. *Op. cit.*, p.7

reactualizando sus herramientas teóricas para que sean útiles en la solución de estos nuevos problemas descriptos.

La coordinación es necesaria para brindar coherencia y unidad a este un poco caótico mosaico de normas y reglas, y por lo tanto para poder desarrollar un sistema. Solo un sistema jurídico podría prevenir que la misma relación jurídica sea ilegal bajo ciertas normas, pero completamente legal si se la somete a una norma diferente<sup>8</sup>.

Más aún, de todos los tipos de normas mencionadas anteriormente, sólo la ley nacional goza de plena legitimidad democrática. Sin embargo, nosotros, la gente, el pueblo, estamos siendo gradual, incesante y progresivamente sometidos a normas que no han sido establecidas siguiendo el proceso constitucional de formación de la ley.

Este ensayo, que por su carácter no es meramente descriptivo, sino que propone un curso de acción, y por ello lo llamamos “manifiesto,” va a explorar si el DIPR puede contribuir no solo a la sistematización formal, sino también a la legitimación sustancial de las normas del sistema jurídico global.

A fin de alcanzar los objetivos propuestos, este ensayo se propone utilizar las herramientas metodológicas propias del DIPR; esto es el método conflictual, también llamado método indirecto, para tratar encontrar soluciones justas al conflicto de leyes y jurisdicciones<sup>9</sup>.

Sin embargo, este ensayo propone ampliar o extender el ámbito de aplicación de este método propio del DIPR a otras áreas jurídicas, para lo cual como se dijo, debemos mirar simultáneamente hacia adelante y hacia atrás, hacia el futuro y hacia el pasado. Es decir, este ensayo propone la utilización del método conflictual no solo para la solución de conflicto de leyes nacionales, tal cual es el objeto tradicional del DIPR sino también a conflictos de leyes internas, conflicto de normas internacionales, conflicto de leyes personales, conflicto de leyes públicas (nacionales e internacionales), y al conflicto de normas privadas con normas oficiales.

---

8 ¿Puede una empresa utilizar niños para fabricar sus productos? La respuesta, hoy día, depende de en qué país vivan estos chicos. Si están en un país desarrollado, la respuesta sería negativa, si los chicos están en un país subdesarrollado, la respuesta sería probablemente positiva (sin importar el hecho que los productos fabricados por esos chicos se van a vender el en país desarrollado.) ¿Puede la fábrica de una empresa contaminar el medio ambiente durante su proceso de producción? De nuevo, depende de qué ley se aplique, y que juez tenga jurisdicción. ¿Puede una empresa producir y vender bienes en un país, pero pagar (menos) impuestos en otro país? Depende. ¿Tiene la mujer derechos sobre la educación de sus hijos? Depende en qué país viva, y que ley se aplique.

9 Sobre la metodología del DIPR ver *supra* nota 1.

El DIPR no solo está en condiciones de proveer un sistema a esta mera yuxtaposición actual de normas a nivel global; sino que además, el DIPR está en condiciones de brindar herramientas conceptuales que contribuyan a la justicia y legitimidad de sistema jurídico global. Herramientas conceptuales tales como “orden público,” “calificaciones,” “puntos de conexión,” “vínculos jurídicos,” “*escape clause*,” “normas imperativas” o “normas de policía,” “*proper law*” o “*better law*,” los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias, y las herramientas de la cooperación judicial internacional están en condiciones de brindar esta posibilidad<sup>10</sup>.

## 2. DIPR y conflicto de leyes “internas”

El origen histórico de la ciencia del DIPR nace a partir del intento de búsqueda de soluciones para el “conflicto de estatutos” de las ciudades medioevales europeas. Como tal, entonces, el DIPR no fue inicialmente desarrollado para determinar la ley nacional aplicable a casos internacionales, sino para tratar de determinar el derecho (o estatuto) local aplicable a un caso vinculado a dos estatutos municipales, enmarcados dentro del *ius commune*<sup>11</sup>.

Luego, en Europa, con el establecimiento del estado-nación, y la consiguiente “nacionalización” y “fragmentación” del *ius commune* por medio de la centralización de la producción del derecho por estados nacionales, el DIPR evoluciono hacia la rama del derecho cuyo objeto es la determinación del derecho aplicable a los casos internacionales.

Sin embargo, la pregunta sobre el derecho aplicable a un caso dentro de un marco federal constitucional común parecería estar de moda nuevamente, debido a dos tendencias aparentemente contradictorias, pero que reflejan la descentralización y desnacionalización de la producción del derecho.

Por un lado, Europa está experimentando un movimiento “ascendiente” hacia el establecimiento de un marco legal cuasi federal. Así, los estados

---

10 Sobre los conceptos fundamentales del DIPR puede verse CIURO CALDANI, M.A. *Op. cit.*, pp.7-22; FERNÁNDEZ ROZAS J.C. SÁNCHEZ LORENZO S., *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2º ed. Madrid. Civitas. 1995, pp. 383-390; y SOTO, A. *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. 3º ed. Editorial Estudio. Bs. As., 2014. cap. V.

11 Ver en general QUINTÍN, Alfonsín. *Teoría de Derecho Privado Internacional*. Montevideo. Editorial Idea SRL. 1982. pp., 59 y ss.

nacionales europeos están transfiriendo partes de su soberanía legislativa a la Unión Europea, pero al mismo tiempo conservando importantes poderes legislativos para sí mismos<sup>12</sup>.

Por otro lado, en un movimiento “descendiente” varias nuevas constituciones nacionales comienzan incipientemente a delegar funciones legislativas en sus provincias o regiones.

Baste pensar en los casos del Reino Unido, España, y en América Latina en Ecuador y Bolivia, donde se han producido significativas descentralizaciones legislativas.

Se produce así, la posibilidad de conflicto de leyes delimitado por un marco legal común. La diferencia entre el “derecho internacional privado” y el “conflicto de leyes internas” se da por el hecho que en el segundo caso las normas locales de los diferentes estados regionales pertenecientes a una misma unión política se desarrollan dentro de un marco constitucional común, y eventualmente cuentan con una corte suprema de justicia central con competencia para resolver posibles conflictos de jurisdicciones.

Si mantenemos el concepto clásico (moderno) de DIPR, estos casos no encuadrarían dentro del objeto del DIPR ya que no son “internacionales.” Sin embargo, si adoptamos un criterio más formalista o “normativista” y acentuamos el carácter “conflictual” antes que el “internacional” de la ciencia del DIPR, entonces las herramientas metodológicas de DIPR se pueden fácilmente extrapolar para la resolución de conflicto de leyes “internas.” Tanto argumentos históricos (i.e. el origen del DIPR), como argumentos comparatistas (el “conflict of laws” norteamericano, o el derecho “interregional” español), podrían avalar esta postura.<sup>13</sup>

---

12 Sobre las relaciones entre derecho comunitario y DIPR puede verse SOTO, A. *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. 3º ed. Editorial Estudio. Bs. As. 2014. Cap. XXI.

Ver asimismo, como ejemplo, el Artículo 3.4 del Reglamento de la UE, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), establece que

*Cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo.*

13 Ver en este sentido el UCC § 1-105 y el Artículo 16 del Código Civil de España. Sobre el tema puede verse RODRÍGUEZ GAYAN, M. *Heterogeneidad y sistema en las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derecho Interregional*, en R.G.D. 1996. pp., 8081-8085; y GONZÁLEZ CAMPOS. “Los conflictos internos en el sistema español de Derecho internacional privado” en PEREZ VERA, E. (Dir.). *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. Madrid.1998. p. 71. Para una visión crítica de esta postura ver FERNÁNDEZ ROZAS. SÁNCHEZ LORENZO S. *Curso de Derecho Internacional Privado*. 2º ed. Madrid. Civitas. 1995. pp. 94-95.

Más aun, incluso el clásico conflicto de leyes nacionales llamadas a resolver un caso internacional, hoy día también comienza delimitarse dentro de un incipiente, aunque aún difuso, marco jurídico global común, dado por los tratados internacionales sobre derechos humanos, y los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

### 3. DIPR y conflicto de leyes “publicas”

El DIPR clásico se ha enfocado paradigmáticamente en el conflicto de leyes nacionales de “derecho privado,” ya que las cuestiones “meramente” privadas podían quedar sometidas a la de un derecho extranjero, aplicado extra-territorialmente en el foro. El derecho público, por el contrario, estaba directamente relacionado con el ejercicio de la soberanía del estado, y por lo tanto era exclusivamente territorial. Esto es, un estado nunca permitiría la aplicación del derecho público de otro estado en su propio territorio, ya que ello implicaría una directa violación a su soberanía. Este principio está reflejado por ejemplo en la idea de la excepción de orden público del DIPR. Las cuestiones de soberanía fueron dejadas, por lo tanto, en los dominios del derecho internacional “público<sup>14</sup>.”

Sin embargo, aunque siempre en los márgenes, un poco escondido, el derecho público siempre ha sido parte del DIPR. Por ejemplo, algunas concepciones del DIPR incluyen las cuestiones sobre la nacionalidad de las personas dentro del objeto de DIPR. Entre nosotros, la categoría de “normas internacionalmente imperativas” como las llama el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, también conocidas como “normas de policía,” tienen un contenido principalmente publicista. Y la misma excepción de “orden público” antes mencionada, introduce expresamente los problemas de derecho público en los ámbitos del DIPR.

Y más claramente aun, toda el área de la determinación de la jurisdicción competente y la ejecución de sentencias son áreas públicas *par excellence*. Si estas áreas del derecho público son parte del DIPR, por qué entonces no incluir abiertamente las cuestiones vinculadas a los conflictos de leyes administrativas, fiscales y penales dentro del objeto del DIPR<sup>15</sup>.

14 Ver en general JOERGES, Christian. *The idea of a three-dimensional conflicts of law as constitutional law*, Recon Online Working Paper 2010/5, at [www.reconproject.eu/portalproject/RECONWorkingPapers.html](http://www.reconproject.eu/portalproject/RECONWorkingPapers.html)

MUIR-WATT, Horatia. *Op. cit.* p. 4, note 12.

15 Sobre el tema puede verse DODGE, William S. *Breaking the Public Law Taboo*, 43 *Harv Internat'l L J*, 2002, y el clásico estudio de MANN, F.A. sobre *Conflict of Laws and Public Law*, en *I Rec. des Cours.* 1972.

El único requisito para el Derecho Internacional “Privado” para incluir al derecho público dentro de su objeto es adoptar una postura más formal o “normativista,” que se centre más en los problemas conflictuales antes que los aspectos “privatistas” de las relaciones jurídicas internacionales.

Un ejemplo paradigmático sobre el empleo del conflicto de leyes en materia penal está dado por la Convención Interamericana sobre cumplimiento de condenas penales en el extranjero, ya que la ejecución de una sentencia penal es quizá la más cruda manifestación de la soberanía estatal. Los artículos VII.2 y VIII de dicha Convención es, formalmente, una típica norma de conflicto en el área penal

VII.2. Salvo lo dispuesto en el Artículo VIII de la presente Convención, la condena de una persona sentenciada trasladada se cumplirá conforme a las leyes y procedimientos del Estado receptor, inclusive la aplicación de cualesquiera disposiciones relativas a la reducción de períodos de encarcelamiento o de cumplimiento alternativo de las condenas.

VIII: El Estado sentenciador conservará su plena jurisdicción para la revisión de las sentencias dictadas por sus tribunales. Asimismo, conservará la facultad de conceder indulto, amnistía o gracia a la persona sentenciada. El Estado receptor, al recibir notificación de cualquier decisión al respecto, deberá adoptar de inmediato las medidas correspondientes.

#### **4. DIPR y conflicto de leyes inter-personales**

Como se ha venido desarrollando, el objeto del DIPR clásico consiste en la delimitación “territorial” de la aplicación de ley (ya sean estas leyes nacionales, o incluso internas, o públicas, como estamos proponiendo). Sin embargo, aun dentro de un mismo marco constitucional nacional, cierto grupo de personas, pertenecientes a cierto grupo étnico o religioso, pueden quedar sujetas a leyes especiales (formales o informales, i.e. a normas consuetudinarias), diferentes a la normas generales<sup>16</sup>.

Por ejemplo, de acuerdo a la nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, 2009, los pueblos indígenas originarios tienen el derecho expreso al “ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su

---

16 Sobre el tema ver CIURO CALDANI, Miguel Angel. “Aportes para la comprensión del derecho privado de una nueva era (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado - Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho Afirmación de una sociedad pluralista”, en *Investigación y Docencia*. Rosario. vol. 43. 2010. pp. 21-35.

cosmovisión” (artículo 30.II(14)). La Constitución también establece un “Tribunal Nacional Plurinacional” (artículos 178-179), y tribunales indígenas que deben aplicar sus propios “derechos indígenas” (artículos 190, 191 *et seq*). En Argentina, la Constitución Nacional de 1994 expresamente reconoce los derechos de los pueblos originarios (art. 75, inc. 17), y el recientemente promulgado Código Civil y Comercial de la Nación, implementando el mandato constitucional, reconoce el derecho de propiedad comunitario a los pueblos indígenas (artículo 18).

Estos potenciales conflictos de leyes especiales pueden ser considerados típicas antinomias del sistema jurídico, y ser resueltos según los criterios clásicos para resolver antinomias, a saber: *lex specialis*, *lex posterior*, y *lex superior*. Sin embargo, cuando en una misma relación jurídica participan personas pertenecientes a distintos grupos se puede producir un conflicto de normas de igual jerarquía que requiera una solución conflictual. Por ejemplo un matrimonio entre personas de distintas comunidades indígenas. En el caso de Bolivia esto podría llevar a un conflicto de normas y a un conflicto de jurisdicciones<sup>17</sup>.

En esta línea, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, establece en su artículo 5 que: “los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” Mientras que el artículo 46 (1), un poco en sentido contrario, establece que: “Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes<sup>18</sup>.”

---

17 Conflictos de leyes personales se presentan también los países nórdicos con relación a los pueblos Sami, y en Canadá y Estados Unidos, con relación a los diferentes pueblos originarios, y entre personas pertenecientes a diferentes etnias en Pakistán o India, o Israel, por ejemplo. En este sentido, la Constitución de Estados Unidos establece que el Congreso tiene poderes para “*regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes*” (Section 8.(1) y (3))

18 Esta expansión de los problemas conflictuales ha sido claramente advertida por la profesora MUIR-WATT, quien sostiene que

*...if private international law has traditionally remained aloof from debates on the democratic legitimacy of the rules with which it deals, it is no doubt because such an issue is solved implicitly in state-centered methodologies as a threshold matter, by excluding any law elaborated by entities which*

¿Como armonizar esta aparente contradicción normativa que no es ya “territorial”, sino “personal”? De nuevo, podemos en este caso volver a mirar la función del DIPR durante la edad media, cuando los “bárbaros” germanos y los “civilizados” romanos continuaron estando sujetos a sus propias leyes personales, que no se aplicaban como “leyes extranjeras” sino como parte del derecho local<sup>19</sup>.

## 5. DIPR y conflicto de normas de derecho internacional público

Como se ha visto, el DIPR clásico se ha focalizado en la delimitación de los ámbitos de validez territorial de la aplicación de ley nacional. Como es sabido también, actualmente se celebran cada vez más y más tratados internacionales en una multiplicidad de áreas. Muchas veces estos tratados internacionales se superponen en sus respectivas áreas de aplicación territorial, personal, temporal y material. Aunque estos problemas pueden ser resueltos según los principios generales del derecho de los tratados, pueden todavía presentarse problemas de “conflictos de tratados,” que estos principios no puedan resolver.

Por ejemplo, el establecimiento de Acuerdos Regionales de Comercio (ARC), como el NAFTA o el MERCOSUR, en paralelo con la Organización Mundial de Comercio (OMC) puede llevar a conflictos normativos entre las reglas emitidas por estas las distintas organizaciones, así como conflictos de jurisdicciones entre los tribunales de estas organizaciones. De nuevo, estos conflictos normativos no son necesariamente territoriales, pero la metodología del DIPR puede contribuir en la coordinación de los mismos.

En estas aéreas podría ayudar el diseño de normas de conflicto estableciendo puntos de conexión que indiquen la aplicación de un tratado

---

*do not conform to the definition of State as accepted in public international law. In Savigny's initial formulation of "multilateralist" methodology, only the states belonging to a closed "community of laws" cemented by common cultural (religious, linguistic and legal) tradition were actually able to participate in the allocation of prescriptive authority, since the model of such allocation was drawn up on the basis of shared and exclusive legal categories. No "true conflicts" were conceivable here. When the ambit of savignian methodology was extended worldwide or "universally" to laws beyond the cultural pale, the lines of community were redrawn as between states and non-states, thus excluding infra-state and trans-state communities. This exclusion created undeniable tension in cases involving multiple religious communities, or non-recognised states, or claims by indigeneous people ; but by and large, while carving out exceptions, the positivist model remained intact." MUIR-WATT, Horatia. Op. cit.*

19 Ver en general BOGGIANO, A. Op. cit. p. 16.

en particular. Excepto que estos puntos de conexión no podrían ser “territoriales” o “personales,” ya que no funcionarían en este contexto, pero podrían ser puntos de conexión funcionales, institucionales, o procesales, indicando la aplicación de determinada rama, o área, del derecho internacional antes que la otra<sup>20</sup>.

De nuevo, una concepción clásica sobre DIPR no podría dar cuenta de estos problemas, pero si una concepción más formal o “normativista.”

## 6. DIPR y las Organizaciones Internacionales

¿Qué ley rige a las Organizaciones Internacionales (OIs)? ¿Qué juez es competente para entender en un caso contra una OI? Las OIs son sujetos de derecho internacional establecidos por tratados y reglados por el derecho internacional público, y como tales, protegidos por inmunidad de jurisdicción, por lo tanto no están sometidos a ninguna ley ni juez nacional.

Un acuerdo entre una IO y un estado es un tratado, lo mismo que un acuerdo entre dos IO es un tratado, y por lo tanto, en principio sujeto al derecho internacional público.

Acuerdos entre IOs y personas privadas o empresas, dada la inmunidad de jurisdicción que gozan las OIs, tampoco están sujetos a ninguna ley ni juez nacional, solo vagos principios generales o “*to its own terms and conditions, without reference to any national law,*” como establecen comúnmente los contratos tipo de las OIs.

A diferencia de los estados nacionales, para las OIs no existe la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, entonces todos los actos realizados por una OI, aun los más mundanos contratos comerciales, son excluidos de la jurisdicción nacional y sometidos solo al derecho internacional.

Pero a medida que las OIs se multiplican en número y asumen más y más funciones operativas (no solo diplomáticas), entran más y más en

20 Ver sobre este punto PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. New York: Cambridge University Press. 2003, and GRAEWERT, Tim. *Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO*, 1(2) *Contemp. Asia Arb. J.* 287. MILLS, Alex. *The confluence of public and private international law : justice, pluralism and subsidiarity in the international constitutional ordering of private law*. Cambridge University Press. 2009. spec. p. 16 et seq. Y FERNÁNDEZ ARROYO, D. “Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público” en *Suplemento del Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Bs. As. Albrematica. 2012. Cita: eldia.com DC18BA.

contacto con el mundo nacional, o “real.” Necesitan celebrar contratos para cumplir sus fines, y pueden producir daños en el cumplimiento de esos mismos fines. La inmunidad de jurisdicción en caso de un contrato de alquiler de una oficina, o el daño producido por un accidente automotor parecería, hoy día, completamente fuera de lugar.

Existe ya una tendencia y una presión creciente para someter a las OIs en ciertos casos a la ley y a los jueces nacionales. Pero en estos casos la pregunta es: ¿a cuáles? El DIPR puede y debe dar aquí una respuesta también<sup>21</sup>.

## 7. ¿“Nacional” o “internacional” por la voluntad de las partes?

Además de los desafíos presentados por los conflictos de leyes “internos,” otra cuestión relacionada pero al mismo tiempo diferente, esta también sacudiendo las bases fundacionales del DIPR. Esta cuestión se refiere a que es una “relación internacional.” Aunque este es sin duda un viejo debate<sup>22</sup>, en virtud de dos desarrollos más o menos recientes el tema requeriría una nueva mirada.

Primero, el Artículo 3.3 del Reglamento de la UE, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), establece que “cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo.” De este modo, se permite la elección de una ley extranjera a un caso interno.

En forma similar, parecería que es ahora posible caracterizar a un contrato como “internacional” basado solo en la voluntad de las partes. En este sentido, el Artículo 1.2 (c) de la Ley modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial internacional establece que un “arbitraje es internacional” si “(c) las partes han *convenido* expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.” (las negritas son mías).

Las leyes nacionales sobre arbitraje basadas en la ley modelo de la Uncitral han copiado y pegado en los derechos nacionales esta postura. Por ejemplo, el art. 2 (1) de la Nova Lei de Arbitragem of Brazil (1996) es

21 Sobre las organizaciones internacionales como sujetos del DIPR ver FERNÁNDEZ ROSAS. *Op. cit.* p. 65.

22 Ver por ejemplo DELAUME, G. R. *What is an International Contract? an American and a Gallic Dilemma*, *International and Comparative Law Quarterly*. Volume 28. Issue 02 April 1979. pp 258-279.

aplicable tanto a casos internos como internacionales, permitiendo libremente a las partes elegir las “reglas” aplicables al caso. Esto es, con el simple artilugio de insertar una clausula compromisoria, las partes podrían por simple voluntad “internacionalizar” un caso interno, y con ello escapar de la aplicación de las normas jurídicas establecidas por el legislador (democrático) del país. Sin embargo, el mismo caso, si no es sometido a arbitraje, no permitiría la elección del derecho aplicable. La contradicción valorativa y de política legislativa es flagrante.

Es decir, como vimos más arriba, uno de los fundamentos básicos del DIPR es determinar el derecho nacional aplicable a un caso internacional, pero hoy día la misma noción de lo que debe considerarse internacional parecería estar en crisis. Los límites entre lo nacional y lo internacional parecerían borrarse en muchos casos, sin que ello obste la generación de conflicto de leyes.

## **8. DIPR, *lex mercatoria*, derecho comunitario y normas imperativas supra-nacionales**

Más o menos concurrentemente, tres nuevas fuentes del derecho están cambiando las bases y el contenido del DIPR.

En primer lugar, en la Unión Europea, la nueva normativa supra-nacional comunitaria está cambiando substancialmente la forma de regulación de las relaciones privadas, las que quedan sometidas al derecho nacional aplicable y las directivas supranacionales de la UE. Esto además de lo visto más arriba sobre el marco común cuasi federal donde se desarrolla el conflicto de leyes europeas<sup>23</sup>.

Encontramos además a las fuentes trans-nacionales, es decir normas que no son producidas por parlamentos nacionales, ni tampoco son normas de derecho inter-nacional. Estas normas trans-nacionales privadas son heterogéneas. Algunas son originadas más o menos espontáneamente a través de usos y costumbres (y categorizadas como la nueva “*lex mercatoria*”). Sin embargo, estos usos y costumbres transnacionales, son generalmente aplicados de una forma muy, demasiado, flexible. En general, ni los árbitros ni los jueces prueban la existencia y validez de tales costumbres, no se establece si existe una práctica generalizada en la población, que viene seguida durante por largo periodo de tiempo. En si, tal criterio

---

23 Ver supra capítulo 1.

de flexibilidad no sería criticable, pero si una costumbre no probada puede aplicarse sobre una ley formal, entonces serios cuestionamientos sobre la validez de tales “costumbres” deberían responderse<sup>24</sup>.

Otro tipo de normas transnacionales son producidas deliberadamente por organizaciones privadas como la Cámara de Comercio Internacional, u organizaciones intergubernamentales como la *Organisation for Economic Co-operation and Development* (y categorizadas bajo el la denominación “soft law”)<sup>25</sup>.

Desde otra perspectiva, si bien las normas de policía o imperativas de DIPR son normas típicamente nacionales, tendientes a proteger las instituciones básicas del estado, hoy día se puede observar un incremento de normas imperativas de carácter internacional o supranacional emanadas de tratados (incluidos los tratados derecho humanos y los tratados de derecho comercial), del derecho comunitario, e incluso de las resoluciones de las Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas<sup>26</sup>.

Por ejemplo la Resolución 1267 (1999) adoptada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, decide que todos los Estados

“b) Congelarán los fondos y otros recursos financieros, incluidos los fondos producidos o generados por bienes de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, o de cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control, que designe el Comité establecido en virtud del párrafo 6 infra, y velarán por que ni dichos fondos ni ningún otro fondo o recurso financiero así designado sea facilitado por sus nacionales o cualquier otra persona dentro de su territorio a los talibanes o en beneficio de ellos o cualquier empresa de propiedad de los talibanes o bajo su control directo o indirecto, excepto los que pueda autorizar el Comité en cada caso, por razones de necesidad humanitaria”.

“7. Insta a todos los Estados a que actúen estrictamente de conformidad con las disposiciones de esta resolución, independientemente de la existencia de derechos conferidos u obligaciones impuestas en virtud de un acuerdo inter-

24 Ver GIMÉNEZ CORTE, C. “*Lex Mercatoria, International Arbitration and Independent Guarantees: Transnational Law and How Nation States Lost the Monopoly of Legitimate Enforcement*”. *Transnational Legal Theory*. Volume 3. Number 4. 2012. pp. 345-370(26).

25 Ver en general ALL, Paula y ALBORNOZ, J. “Desarrollo del Soft Law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional” (con relación a algunos instrumentos contractuales”) en *Anuario Argentino de Derecho Internacional XX, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. Córdoba. Lerner Editora. 2011. pp. 235-283.

26 Ver el curso de la Prof. BOSCHERINO, Merina. *The Private International Law Dimension of the Security Council's Economic Sanction* en la Academia de la Haya en 2012.

nacional o un contrato firmado, o de cualquier licencia o permiso concedido antes de la fecha de la entrada en vigor de las medidas previstas en el párrafo 4 supra.”

¿Cuál es la naturaleza de estas resoluciones? ¿Cómo ellas interactúan con el derecho nacional y con el derecho internacional? ¿Pueden estas resoluciones contradecir el derecho nacional?

Todas estas fuentes, que son efectivas, deben ser entendidas, su ámbito de aplicación determinado, y su validez formal y legitimidad establecida. Y, una vez más, es el DIPR la ciencia jurídica mejor preparada para responder a estos desafíos.

## 9. Derecho Internacional Privado y Tecnologías de la Información

Las tecnologías de la información (IT, según su sigla en inglés) han cambiado y continúan cambiando drásticamente la forma en que los abogados trabajan. Entre todas las aéreas que han sido profundamente influenciadas por las IT, incluyendo el *e-commerce*, el marco jurídico de Internet, el litigio on-line, propiedad intelectual, y muchos otros, este ensayo va a analizar tres temas que impactan directamente la teoría general del DIPR.

### 9.1 El contenido del derecho extranjero

Como se desarrolló antes, las normas de conflicto constituyen un particular tipo de normas desarrolladas para “indicar” la ley nacional aplicable al caso. Dicho así, el funcionamiento de la norma de conflicto es muy fácil de entender. Sin embargo, cualquier abogado practicante sabe que el mecanismo de las norma de conflicto no es fácil de implementar en la realidad, ya que la determinación del contenido del derecho extranjero es extremadamente difícil de lograr.

Pongamos un caso extremo. Imaginemos el trabajo de un juez en Tokio durante la década del ´60 tratando de obtener una copia de la ley de matrimonio de Jordania, que era la ley aplicable al caso. Esta búsqueda era muy difícil, lenta, y cara. Se necesitarían exhortos pidiendo informes a ser diligenciados a través de la embajada de Jordania en Japón, traducciones, legalizaciones, estampillados, y mucho más. Ante semejante complejidad, es probable que el juez haya encontrado alguna formalidad para no aplicar derecho extranjero y aplicar en su lugar el derecho japonés. El caso,

por supuesto, habría tenido una solución distinta si el derecho jordano hubiese sido aplicado.

Hoy día, las cosas son totalmente diferentes. Internet permite el acceso inmediato e ilimitado a todas las leyes, e incluso a todas las sentencias judiciales del mundo, y con ello contribuye decisivamente a la aplicación concreta del DIPR<sup>27</sup>. La facilidad y rapidez de acceso al contenido del derecho extranjero, y su consiguiente posibilidad de aplicación en el foro, multiplica exponencialmente la cantidad de casos que pueden resolverse aplicando derecho extranjero.

### 9.1.1 Notificaciones Electrónicas

Normalmente, una notificación al exterior ha sido extremadamente difícil, lenta, cara, e incierta. Cualquier acto jurídico que haya tenido que ser notificado en el exterior ha tenido que seguir un proceso extremadamente burocrático de diligenciamiento de exhortos internacionales, legalizaciones, autenticaciones, traducciones, visitas a consulados, embajadas y autoridades centrales.

Como en el caso de la determinación del contenido del derecho extranjero, las IT han cambiado las cosas de manera radical. Los actuales proyectos de notificación electrónica de documentos jurídicos, y en algunos casos la directa aceptación de notificaciones por e-mail, o los proyectos de *on-line dispute resolution* (ODR) está facilitando y acelerando estos procesos, y con ello haciendo más común, ordinario, fácil, y barato el litigio internacional, al punto que en algunos caso ya no habría diferencias entre las notificaciones electrónicas domesticas con las internacionales<sup>28</sup>.

Tanto la facilidad de acceso al derecho extranjero, como la facilidad generada por el litigio online, que parecerían ser inicialmente meros datos técnicos, están impactando en el centro del DIPR, transformando al DIPR en una rama del derecho de aplicación cotidiana, y por lo tanto forzando a la ciencia del DIPR a proveer respuestas.

Sin embargo, Internet y las IT pueden también contribuir a complicar las cosas, como se verá a continuación.

---

27 Ver sobre el tema GERMAIN, Claire M. "Worldwide Access to Foreign Law: International & National Developments Toward Digital Authentication". 2012. *Working Papers. Paper 1*. <http://scholarship.law.ufl.edu/working/1>.

28 Ver sobre el tema BROWNING, John G. *Served Without Ever Leaving the Computer, Service of Process Via Social Media*, Tex. Bar J. March 2010 en <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.barjournals/texbarj0073&id=1&size=2&collection=texbarj&index=texbarj>.

### 9.1.1.1. Internet y la agravación de la fragmentación del derecho aplicable

Como dijimos antes, existe una multiplicación de los potenciales sistemas jurídicos aplicables a una misma relación jurídica. Y si bien por un lado Internet ha facilitado el acceso al derecho extranjero y con ello la determinación del derecho aplicable eliminado la incerteza sobre el mismo, en otros casos Internet ha agravado el problema de la fragmentación del derecho aplicable.

Por ejemplo, si una persona domiciliada en México contrata online los servicios de GoDaddy (uno de las más grandes empresas de registro de nombres de dominio en Internet) en Estados Unidos, este contrato va a estar sujeto a las siguientes normas:

- los términos y condiciones del mismo contrato, celebrado por adhesión y *online* entre el contratista y Godaddy,
- las leyes de Arizona, US, de acuerdo al párrafo 19 del contrato,
- a las leyes locales aplicables (en nuestro caso las leyes mexicanas aplicables), de acuerdo al párrafo 18 del contrato,
- a las leyes donde los servidores de Godaddy estén ubicados, de acuerdo al párrafo 3(2) del contrato.
- a las normas de copyright, marcas, y patentes de US y los países extranjeros, y otras normas sobre propiedad intelectual de US o extranjeras, de acuerdo al párrafo 5 (1) del contrato.
- a las *"US Exports Law"* de acuerdo al párrafo 17 del contrato.
- a las (no-nacionales) normas de la *"Internet Corporation for Assigned Names and Numbers ("ICANN")"*, de acuerdo al artículo 1 de las reglas de resolución de disputas de Godaddy,
- a las leyes de Delaware, US, donde Godaddy está incorporada,
- y finalmente a *"all applicable local, state, national and international laws, rules and regulations"* de acuerdo al párrafo 4(1)) del contrato<sup>29</sup>.

Como se demostró antes, la globalización multiplica los posibles derechos aplicables a un caso, como paradigmáticamente lo demuestra el contrato tipo de Godaddy, el que ni siquiera por aplicación de la autonomía de las partes en la aplicación del derecho puede evitar que el contrato quede

---

29 Para los términos y condiciones estándar del contrato de Godaddy ver <http://www.godaddy.com/search/domains.aspx?isc=gofp2001eb>

sujeto a “*all applicable local, state, national and international laws, rules and regulations.*”

El DIPR aquí también puede proveer su arsenal metodológico para determinar el derecho aplicable a un contrato en apariencia tan fragmentado. Una mejor utilización de la autonomía de la voluntad, o la precisa determinación del derecho indicado por las normas de conflicto subsidiarias, y siempre teniendo en cuenta la normas imperativas, contribuiría sin dudas a brindar un marco legal a dicho contrato.

## **10. Derecho Internacional Privado: democracia vs. nomocracia, a modo de conclusión**

La aplicación del derecho extranjero en el foro ha sido explicada y justificada desde varias perspectivas. Sin embargo, todavía no ha sido convincentemente explicado porqué una ley extranjera que no fue sancionada por el parlamento (democrático) nacional puede ser, sin embargo, aplicada en el foro nacional.

Formalmente podría decirse que hay una habilitación expresa del legislador nacional, al precisamente promulgar la norma de conflicto que permite la aplicación de la ley extranjera, pero así y todo resulta difícil justificar la legitimidad de la aplicación de esa ley foránea.

En particular, la aplicación de la ley extranjera parece ir directamente en contra del principio de *publicidad*, y, más aun, del principio de *legalidad*, que son principios básicos del estado democrático moderno<sup>30</sup>.

Si bien el sistema jurídico ha desarrollado ciertos mecanismos de control del derecho extranjero o internacional, estos mecanismos no parecen suficientes.

Por ejemplo, un juez solo podría rechazar la aplicación del derecho extranjero si viola, flagrantemente, el orden público nacional o una norma internacionalmente imperativa. Y, así mismo, el control que realiza un juez al reconocer una decisión extranjera es solo un control procesal formal.

---

30 Como famosamente ha sostenido el Prof. CURRIE ... *choice between the competing interests of co-ordinated states is a political function of a high order, which ought not, in a democracy, to be committed to the judiciary, ... the court is not equipped to perform such a function; and the Constitution specifically confers that function to the Congress.* CURRIE, Brainerd. "The Constitution and the the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function," 26 *University of Chicago Law Review* 9 . 1958. p.272. Sobre derecho global y democracia, ver en general GALGANO, F. "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización" en SILVA, J.A. (coord.). *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional.* México. UNAM. 2005. pp. 123-135.

Por otro lado, la ratificación de un tratado internacional por el parlamento nacional es, también, solo un procedimiento formal.

Es decir, al momento de la aplicación del derecho extranjero o del derecho internacional en el sistema jurídico nacional, no se realiza un control sustancial sobre el contenido y la legitimidad originaria de ese derecho extranjero o internacional. Estos derechos, se remarca, no han sido creados por el parlamento (democrático) nacional.

El déficit democrático es todavía más profundo en el caso del derecho comunitario, donde la cadena de delegaciones desde la autoridad nacional hacia la supranacional hace prácticamente ficticio el original mandato democrático.

Y el déficit democrático es definitivamente más grave en el caso del derecho “trans-nacional” que es el producto de normas privadas y no oficiales, y por lo tanto no sujeta a ninguna clase de control constitucional<sup>31</sup>.

Los procesos de desnacionalización y privatización del derecho que se analizaron antes, han recurrido a instituciones jurídicas tales como el arbitraje comercial internacional, para escapar de la jurisdicción nacional, o a fuentes tales como los usos y costumbres, para escapar de la aplicación de ley.

El DIPR, sin embargo, cuenta con las herramientas conceptuales necesarias para controlar y limitar esa trans-nacionalización del derecho, y así crear legitimidad global. En otras palabras, así como el DIPR proveyó herramientas legales que facilitaron las trans-nacionalización del derecho, y su consiguiente deslegitimación, el DIPR cuenta con las herramientas para volver a vincular al derecho no-nacional con el nacional.

La primera herramienta está dada por la forma de aplicación de los procesos de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros, los que deberían someterse a un escrutinio no solo formal, como actualmente acaece, sino también sustancial. Debería abrirse la posibilidad de revisión del mérito de las decisiones extranjeras, y sobre todo de los laudos arbitrales, asegurarse la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones para evitar la arbitrariedad de las mismas.

Las normas internacionalmente imperativas del foro como la de los terceros estados, así como la aplicación de la excepción del orden público, deben recobrar todo su potencial de aplicación, precisamente en la defensa de los intereses públicos que estos institutos intentan proteger.

---

31. Sobre el tema de la legitimidad democrática del derecho extranjero y el internacional ver BLACK, Julia. “Constructing and contesting legitimacy and accountability in polycentric regulatory regimes” en *2 Regulation and Governance* 137. 2008.

Más aún, el DIPR, a través de las normas de conflicto, sirve para indicar la “ley” aplicable. Esto es, una norma de conflicto esta formalizada en una ley dictada por el legislador democrático del foro, que llama a aplicar otra ley, extranjera sí, pero también, asumimos, dictada por el parlamento democrático del país extranjero. La situación jurídica “internacional” queda así regulada por alguna ley nacional, democrática<sup>32</sup>.

Esta función del DIPR debe reforzarse por sobre la aplicación de vagos usos y costumbres que en pocos casos son aplicados como tales. Si se van a aplicar usos y costumbres por sobre una ley nacional y democrática, los mismos deben probarse según los criterios clásicos de determinación de las costumbres: una conducta practicada por una gran cantidad de personas, durante un largo periodo de tiempo, con la convicción que es jurídicamente obligatoria. Si dichos supuestos no se dan, no se configuraría entonces una costumbre jurídica.

La globalización ha provocado al mismo tiempo fragmentación y deslegitimación del sistema jurídico. El DIPR es la disciplina jurídica mejor preparada para reconstruir un sistema jurídico global legítimo. El DIPR solo tiene que aceptar el desafío.

---

32 Para un análisis sobre el tema ver RODI, F. “Private Law beyond the democratic order? On the legitimacy problem of “private law beyond the state”’ 56 *American Journal of Comparative Law* 743. 2008.

## Referencias bibliográficas

- AA.VV. "Principios objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado: balance y perspectivas de una década" en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 45, Nº 2, 1993
- ALL, Paula y ALBORNOZ, J. "Desarrollo del Soft Law e impacto de las normas internacionalmente imperativas en el comercio internacional (con relación a algunos instrumentos contractuales)" en *Anuario Argentino de Derecho Internacional XX, Revista de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. Córdoba. Lerner Editora. 2011. pp. 235-283.
- BOGGIANO, A. *Derecho Internacional Privado*. 3° Ed. Vol. I. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1991
- CIURO CALDANI, M.A. "Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado" en *Fundación para las Investigaciones Jurídicas*. Rosario. Argentina.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Derecho Internacional Privado, una mirada actual sobre sus elementos esenciales*. Córdoba, Argentina. Ed. Advocatus. 1998.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. "Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público" en *Suplemento del Derecho Internacional Privado y de la Integración*, Bs. As. Albrematica. 2012. Cita: eldia.com DC18BA.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Curso de Derecho Internacional Privado* 2° ed. Madrid. Civitas. 1995.
- FISCHER-LESCANO, Andreas and TEUBNER, Gunther. "Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law". 25 *Michigan Journal of International Law* 999. 2004.
- GALGANO, F. "Los caracteres de la juridicidad en la era de la globalización" en SILVA, J.A. (coord.) *Estudios sobre la lex mercatoria. Una realidad internacional*. México. UNAM. 2005. pp. 123-135.
- GOLDSCHMIDT, Werner. "Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado" 2° ed. Tomo I, II y III. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1952.
- GRAEWERT, Tim. "Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO". 1(2) *Contemp. Asia Arb. J.* 287.
- PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*. New York. Cambridge University Press. 2003.
- KAHN-FREUD, O. "General Problems of Private International Law" en *Recueil des cour.* La Haya. 1974-III.
- MUIR-WATT, H. "Private International Law as Global Governance: Beyond the Schize, from Closet to Planet" en: [http://works.bepress.com/horatia\\_muir-watt/1](http://works.bepress.com/horatia_muir-watt/1) (2012)
- SOTO, A. *Temas Estructurales del Derecho Internacional Privado*. 3°ed. Buenos Aires. Editorial Estudio. 2014.
- TEUBNER, G. "Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems" en *The American Journal of Comparative Law* 45. 1997. pp. 199-217.

- TEUBNER, G., "Global private regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society" in LADEUR, Karl-Heinz (ed.). *Public Governance in the Age of Globalization*. Ashgate. Aldershot 2004. pp. 71-87. available at [http://www.jura.uni-frankfurt.de/l\\_personal/em\\_profs/teubner/person\\_englisch/publikaengl/index.html](http://www.jura.uni-frankfurt.de/l_personal/em_profs/teubner/person_englisch/publikaengl/index.html), accessed on 28 September 2012, p. 1.
- WENGLER, W. "The general principles of private international law" en *Recueil des Cours*. 1961 III 104. pp. 273-469.

## Cristián Giménez Corte

Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Rosario), Abogado (Universidad Nacional del Litoral), Profesor de Derecho Internacional Privado (Universidad Nacional del Litoral), Chair of the Private International Law Interest Group, American Society of International Law (ASIL), Director of the Academic Council of the United Nations System (ACUNS)

---

### REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Cristián Giménez Corte

«LA FUNCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN: UN MANIFIESTO JURÍDICO», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 6, número 17, Santa Fe, República Argentina, 2016, pp. 83–106.

# 5

Rodrigo Martín Pellejero

## DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO. REVISITANDO EL PLENARIO “CIVIT”, MÁS DE VEINTE AÑOS DESPUÉS, A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

---

### RESUMEN

El problema de las consecuencias de la extinción de un contrato por resolución por vía de pacto o facultad comisoría ha quedado notablemente influido por la doctrina del plenario “Civit”, que limitó la posibilidad de reclamar indemnizaciones. La reforma del Código Civil y Comercial permite evolucionar hacia una flexibilidad mayor y una nueva mirada.

### ABSTRACT

The matter about the consequences of the termination of a contract for breach has been widely influenced by the rule of the “Civit” precedent, which limited the damages awarded to the non breach party. The reform of the Civil and Commercial Code allows an evolution towards to a greater flexibility and a new look into the matter.

### PALABRAS CLAVE

Resolución contractual · pacto comisorio  
· facultad comisoría · extinción · indemnización  
de daños y perjuicios · restitución

### KEY WORDS

Termination for breach of contract  
· termination clauses · cancelation  
· damages for breach · restituion

## 1. Introducción

Los temas relacionados con las consecuencias del incumplimiento y la responsabilidad contractual son importantes tanto desde el punto de vista teórico como práctico. Desde el primero de estos puntos de vista, la importancia radica en que las consecuencias del incumplimiento contractual ponen en crisis la idea misma del contrato y sus efectos obligatorios<sup>1</sup>. Desde el punto de vista práctico, los “casos” contractuales, es decir los casos conflictivos o litigiosos, giran generalmente en torno a la problemática del incumplimiento y sus consecuencias.

Cuando como consecuencia del incumplimiento de una de las partes la otra parte del contrato opta por la resolución contractual, sea por vía de la existencia de un pacto comisorio o por vía de la facultad comisorio con base en el art. 1204 del Código Civil o del art. 216 del Código de Comercio, se produce la extinción del contrato con efectos retroactivos. Frente a este supuesto se plantea la duda respecto de los efectos de la resolución contractual, tanto en cuanto al régimen de la restitución como a la posibilidad de reclamar la indemnización de daños y perjuicios. Es precisamente, respecto de este último punto que existe una controversia con opiniones disímiles que van desde quienes piensan que en estos casos la parte “*in bonis*” no tiene derecho a reclamar daños y perjuicios, pasando por quienes sostienen que puede reclamarlos pero dentro de ciertos límites estrechos, hasta quienes consideran que no existen limitaciones especiales en este caso que acoten el derecho a la indemnización.

En el subtítulo de este trabajo hago referencia al pleno “Civit” que ha abordado puntualmente la cuestión, siendo un fallo insoslayable en la cuestión, aunque ha sido objeto de interpretaciones disímiles.

## 2. La opinión de Llambías y el fallo “Firpo c. Hahn”

Jorge J. Llambías de manera muy sucinta se refiere al tema de este artículo en su obra sobre Obligaciones<sup>2</sup>, para sostener que en el caso puede

1 Desde el Derecho y Economía, POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 5° ed. Nueva Cork. Ed. Aspen Law. 1998. p. 101, explica que la función del derecho contractual es, precisamente, asegurar remedios eficientes para evitar que el comportamiento oportunista de alguna de las partes haga que pierda sentido confiar en los co-contratantes.

2 LLAMBIÁS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*, T I. 5° ed. Buenos Aires. Ed. Perrot. p. 296.

reclamarse la indemnización del “daño al interés negativo”. Como fundamento de esta conclusión remite al fallo que dictara como integrante de la Sala A de la Cámara Nacional Civil<sup>3</sup>.

El fallo en cuestión es relativo a una disputa originada en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un boleto de compraventa. El vendedor entendió que el comprador estaba en mora en su obligación de escriturar y le notificó la resolución del contrato, a lo que el comprador se opuso. Posteriormente el comprador notificó la designación de un escribano para el otorgamiento de la escritura y lo citó al vendedor para otorgarla. Este último se negó. Finalmente, el comprador inicia juicio de escrituración, introduciendo de manera subsidiaria la pretensión de que, para el caso que la escrituración fuera imposible, se rescindiera el contrato con más todos los daños y perjuicios acarreados por la pérdida del inmueble. Estos son los hechos relatados en el fallo.

En su voto<sup>4</sup> Llambías entendió que la pretensión del actor era contradictoria, porque

...si se reclamaba la extinción del contrato por la vía de su rescisión, o mejor dicho su resolución, no podía aspirarse a obtener el resarcimiento patrimonial tendiente a cubrir el incremento que el cumplimiento del contrato le habría reportado al actor. La indemnización de daños y perjuicios es viable en uno u otro supuesto, pero su cuantía será diferente según que se trate de la resolución, o rescisión del contrato, o que se trate del cumplimiento del mismo por la vía sustitutiva de la condigna reparación de los perjuicios causados. En el primero de los casos se tratará de restituir a las partes a la situación anterior a la celebración del contrato, de manera que una de ellas no sufra menoscabo por la celebración de ese contrato que ha resultado disuelto por culpa de la otra. En el segundo de los casos se tratará de colocar a las partes en la situación en que habrían quedado si se hubiese cumplido realmente el contrato. En el primer caso se reintegrará a la parte inocente de la rescisión, los gastos que ella ha efectuado con motivo y en vista de un contrato que ha resultado desvanecido, es decir, el “interés negativo” de que hablaba Ihering (*Ouvres Choisies*, Paris, 1893, T. II, pp. 1 sptes.). En tanto que en el segundo caso, sin atender a las erogaciones efectuadas por la parte

3 CNCiv. Sala A, agosto, 7, 1958, Firpo c/ Hahn, La Ley 93, p. 685

4 Aun a riesgo de ser tedioso, me pareció oportuno transcribir literalmente una parte importante de ese voto, porque allí está la explicación teórica de la posición, que no se encuentra en la obra doctrinaria del autor.

inculpable del incumplimiento del contrato, se resarcirá a ella en forma tal que su situación patrimonial quede como si el contrato se hubiere realizado.

Es notable que el fallo, pese a tan clara toma de posición, finalmente decide en contra de dicha postura teórica. En efecto, la solución concreta del caso es que se reconoce al actor, frente a la extinción del contrato, el derecho de ser indemnizado de la diferencia del mayor valor que el inmueble adquirió entre la fecha de compra y el momento de la sentencia (este último valor surgía en el caso del hecho que el inmueble había sido vendido a un tercero por un valor superior al del contrato originario). Y esto lo justifica explicando que la acción resarcitoria "...se refería, no a la rescisión impropiamente mentada, sino al intencionado incumplimiento del contrato...". Pareciera que en concreto el fallo pasa a indemnizar este supuesto claro de extinción del contrato de manera idéntica a como indemnizaría en un caso de incumplimiento de un contrato no resuelto, en el que se condena a pagar la indemnización sustitutiva de la prestación. Para esto invoca el art. 889 del Código Civil, que no es otra cosa que un caso de indemnización del daño al "interés positivo" o de cumplimiento. Advertimos, en suma, que este precedente en el que se sienta una idea restrictiva respecto de la indemnización de los daños y perjuicios en caso de resolución contractual, a los fines prácticos se aparta de ese criterio teórico para conceder una indemnización de lucro cesante del interés positivo o de cumplimiento.

### **3. Civit c. Progress y sus circunstancias**

El pleno de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 22/2/1990, dictado en la causa "Civit, Juan c/ Progress S.A. y Ot."<sup>5</sup> resulta un hito insoslayable en esta temática.

Ese plenario sentó como doctrina legal aplicable la siguiente: "Al declararse la resolución del contrato por el ejercicio del pacto comisorio, es viable el resarcimiento del lucro cesante por los daños y perjuicios ocasionados durante el tiempo en que perduró la mora del contratante incumplidor"

Vázquez Ferreyra<sup>6</sup>, confirmando la trascendencia del pleno, nos advierte que este es un fallo que no puede ser pasado por alto por el estudioso o el práctico del derecho de daños.

---

5 La Ley 1990-D, 474

6 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "Incumplimiento Contractual y Responsabilidad por Daños" en *La Ley Litoral*. 1997. p.185.

El fallo viene a superar algunas estrecheces en la interpretación del derecho en cuanto a la indemnización de las consecuencias del incumplimiento. Este fallo, sin embargo, muchas veces ha sido entendido como ratificando el criterio de que en estos supuestos el acreedor que resuelve el contrato sólo tiene derecho a la indemnización del daño al interés negativo, tal como en teoría lo sostenía Llambías. Precisamente, el primer apartado de los fundamentos de la mayoría hace expresa referencia a la opinión doctrinaria del mencionado autor y al fallo que hemos visto, para sostener que esa postura “...no se ajusta a los términos de la ley civil”. Entonces, claramente, “Civit c. Progress” es una superación del criterio antes expuesto.

#### **4. La mayoría de manera impersonal y los fundamentos de Bueres**

Mosset Iturraspe<sup>7</sup> critica la oscuridad de los diversos fundamentos expuestos por los camaristas, tanto a favor como en contra de la solución mayoritaria y destaca la claridad con que se expresa la mayoría en forma impersonal. Esta mayoría descarta claramente que en el caso de resolución contractual la indemnización deba limitarse al daño emergente o al interés negativo y admite que debe indemnizarse el lucro cesante.

El principal argumento normativo para sostener esta interpretación se basa en que el art. 1204 del Código Civil, prevé que el acreedor puede reclamar al incumplidor el cumplimiento del contrato o la resolución y, en ambos casos, con “...el derecho a reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios”. Por otro lado entienden que la solución que proponen es la que mejor se concilia con el principio de la reparación integral de los perjuicios y en la idea de que no debe dar lo mismo que el deudor cumpla o que no lo haga.

Alberto Bueres formó parte de esa mayoría, pero consideró necesario explicar sus propios fundamentos. A diferencia de la mayoría impersonal, Bueres rescata el distingo entre el “daño al interés positivo” y el “daño al interés negativo”, para sostener que cuando el acreedor pide la ejecución directa de la obligación o su sustituto indemnizatorio (art. 505 inc. 3, C. Civil) su reclamación se ubica dentro de la categoría del “daño al interés positivo”. “Muy distinto –sostiene– es el panorama que se presenta cuando se produce la resolución del contrato, pues en estos casos el reclamo resar-

---

7 MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Incumplimiento, resolución y lucro cesante” en *La Ley* 1990-D, 1064.

itorio ha de encasillarse en el “interés negativo o interés de confianza”. Pero a renglón seguido explica que este último concepto no debe limitarse al daño emergente (gastos) sino también al lucro cesante que explica como el caso en que el acreedor “...tiene en vista la realización de un negocio concreto (lucro cesante) y espera que el co-contratante –incumplidor– cumpla, o cuando ese acreedor posee la “chance” de obtener una ganancia...”

El concepto de daño al interés negativo que maneja Bueres es amplio, no está basado en la mirada hacia atrás o hacia el futuro, no se limita a lo que sea anterior o posterior a la celebración del contrato, sino que se extiende “...a todos los daños sufridos por el acreedor a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que no se concretó o que se extinguió” Es decir, que la opinión de Bueres, a los fines prácticos, coincide con la de la mayoría en el sentido que si bien entiende que en casos de resolución del contrato el acreedor tiene una pretensión indemnizatoria limitada por el “interés negativo”, este es suficientemente amplio como para abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante. Y este último rubro del daño no lo entiende Bueres limitado a la mera pérdida de chance, sino también a la concretar pérdida de ganancias esperadas.

Con lo que venimos diciendo se ve la solución propuesta por Bueres en realidad no dista mucho de la solución concreta propuesta por Llambías en el fallo antes recordado.

## 5. La tesis restrictiva

Hay una tesis restrictiva, que también podríamos llamar “negatoria” que llanamente niega que el acreedor que opta por la resolución tenga derecho a ser indemnizado. Esta ha sido la posición del voto en disidencia de los doctores Sansó, de Mundo, Lozano y Gárgano, en el recordado plenario “Civit”. Parecieran basar su postura en el hecho de que el contratante no tendría asegurado un resultado positivo derivado de la contratación, por lo que si decide dejar si efecto esta (resolviéndola) no tiene derecho a indemnización de eventuales daños y perjuicios.

En el derecho comparado, los parágrafos 325 y 326 originales del BGB alemán sostenían escuetamente esta tesis, aunque puesta en duda por sus intérpretes.<sup>8</sup> Como veremos luego, la reforma del derecho de obligaciones de ese país del año 2001 modificó drásticamente esta solución.

---

8 PANTALEÓN, Fernando. “Resolución por Incumplimiento e Indemnización” en *Anuario de Derecho Civil* 1989. IV. p. 1150

## 6. La tesis del daño al interés negativo

Esta tesis tiene en la recordada opinión de Llambías a su gran defensor. En el plenario “Civit” el voto del Dr. Greco magistralmente defiende esta tesis. La misma tiene gran cantidad de prestigiosos adherentes en la doctrina autoral nacional<sup>9</sup>.

Esta tesis ve una contradicción entre la extinción del contrato con efecto retroactivo y la posibilidad de reclamar la indemnización de daños y perjuicios contractuales en base a dicho contrato extinguido. Greco entiende que de este modo se evita que el contrato para uno “...queda resuelto; para el otro queda vigente. O sea que se resarce dos veces”. El núcleo de este razonamiento pareciera radicar en el efecto retroactivo que se atribuye a la resolución contractual. Si el contrato se extingue con efectos hacia el pasado, de manera de colocar a las partes en la misma situación en que estaban al momento inmediatamente anterior a contratar: ¿cómo puede explicarse que el acreedor tenga derecho al resarcimiento de lucro que hubiera obtenido del contrato extinguido?

Jordano Fraga<sup>10</sup> expone esta idea con gran precisión

Para mí resulta claro que aquello que se indemniza es el interés contractual negativo, los daños causados por la resolución, por la celebración del contrato inválido. Si hablando de otras causas de ineficacia (nulidad, anulabilidad) se afirma la responsabilidad por el interés contractual negativo (...), podemos aplicar esos mismos principios a la particular causa de ineficacia del contrato constituida por la resolución.

La lógica de esta posición descansa en el énfasis en el efecto extintivo retroactivo propio de la resolución: si la resolución borra con efecto retroactivo el contrato como si éste no hubiera existido, parece incoherente que

9 TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. II. Ed. La Ley. p. 154

*...frente al incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato, el acreedor tiene en algunos supuestos la posibilidad de resolver el negocio –doctrina de los arts. 1204 del Cód. Civil y 206 del de Comercio y concordantes-, quedando entonces enmarcada su pretensión resarcitoria dentro del daño al interés negativo” En el mismo sentido, Nicolau, Noemí, Fundamentos de Derecho Contractual, T. I, ed. La Ley, 2009, p. 357: “La parte no incumplidora puede reclamar daños y perjuicios, pero como el contrato se resuelve y los efectos son retroactivos no se puede exigir el daño al interés positivo, que es el de cumplimiento, sólo se reclama el daño al interés negativo.*

10 Citado por PANTALEÓN. Op. cit. p. 1166. FRAGA, Jordano. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 15. 1987. p. 5194.

una de las partes tenga derecho a la indemnización del lucro (frutos, aumentos de valor, etc.) que hubiera obtenido como consecuencia del contrato.

Manuel Cornet, en una obra específica sobre el tema<sup>11</sup>, adhiere puntualmente a la tesis que limita el resarcimiento al “daño al interés negativo”. Lo hace con estas elocuentes palabras

No es posible que el acreedor resuelva el contrato y obtenga lo que esperaba si el contrato se cumplía; le estaríamos restituyendo lo que entregó y además le daríamos la prestación de la otra parte, con lo cual se estaría enriqueciendo sin justa causa a costa del culpable. ... Si se resuelve, se está descartando el exigir el cumplimiento, de allí que se trate de una opción y es el contratante inocente quien estimará lo que le conviene...

En definitiva esta tesis entiende que el acreedor, si pudiera reclamar el interés positivo o de cumplimiento en caso de resolución, estaría acumulando lo recibido por restitución con la prestación a cargo de la contraparte y, al mismo tiempo, liberándose de la obligación.

## 7. La tesis del daño al interés positivo

Entiendo que “Civit” debe interpretarse como la consagración de la tesis de la resarcibilidad del lucro cesante, como parte del interés positivo. Como hemos visto supra, esa es la posición que define la mayoría de manera impersonal.

En la doctrina nacional esta posición cuenta con el importante apoyo de Atilio Alterini<sup>12</sup>.

Entendemos que los autores como Bueres o Cornet<sup>13</sup> que sostienen la posición de la limitación de la indemnización al daño al interés negativo pero, que al mismo tiempo, admiten sin limitaciones la indemnización del lucro cesante sufrido por el contratante cumplidor, no están en los hechos

11 CORNET, Manuel. *Efectos de la Resolución de los Contratos por Incumplimiento*. Ed. Marcos Lerner. p. 203.

12 ALTERINI, Atilio A. *Contratos*. Abeledo Perrot. p. 512: “La parte no incumplidora tiene derecho a ser indemnizada por la parte incumplidora, tanto en el caso de cumplimiento tardío (art. 1204, 3er. párr., Cód. Civil, daño moratorio) como en el caso de resolución del contrato (art. art. 1204, 2do. párr., Cód. Civ., daño compensatorio). El daño compensatorio comprende todos los rubros de la reparación plena...”

13 CORNET, Manuel. *Op. cit.* p. 206: donde asume que si se admite en el interés negativo la procedencia del “lucro cesante”, “...la diferencia entre una y otra postura se achica”.

demasiado lejos de las posturas que admiten la resarcibilidad del daño al interés positivo.

Ahora bien como enseña Brebbia<sup>14</sup>, la misma noción de daño al interés negativo introducida por Ihering, es interpretada por muchos autores como comprensiva del daño emergente y también del lucro cesante, aunque también otros interpretan que debe limitarse solo a los gastos (daño emergente). El citado autor, sin embargo, explicita la idea de que el lucro cesante puede comprender tanto los casos de interés negativo como los de interés positivo, aunque en el primer caso está limitado por aquello que “... el acreedor hubiera tenido si no hubiese confiado en los tratos preliminares frustrados...”<sup>15</sup>.

Esta tesis, para evitar caer en situaciones en las que el acreedor se enriquezca con la indemnización, tiene que admitir que frente a la resolución del contrato el acreedor puede reclamar el daño al interés positivo, pero obviamente no la prestación específica ni tampoco el equivalente dinerario de ésta. Esto es así porque en todos estos casos nos encontramos frente a contratos bilaterales, o con prestaciones recíprocas, en los que la prestación a que se obliga una parte tiene su correlato en la del otro, con lo que ese equilibrio se rompería injustamente si una parte pudiera liberarse de su obligación (u obtener la restitución de lo dado) y, al mismo tiempo, obtener de la otra la prestación específica o su equivalente en dinero. Lo que el acreedor puede reclamar como indemnización es la ganancia que esperaba obtener del contrato (intereses moratorios, mayor valor de reventa de la cosa, utilidad que hubiera obtenido de la misma, etc.), siempre que no reclame la prestación en sí o su equivalente. Esto indica, como intentaré explicar más abajo, que existe una clara correlación entre el efecto restitutorio (y la consiguiente liberación de obligaciones pendientes) y la posibilidad de reclamar daños y perjuicios<sup>16</sup>.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL, por sus siglas en inglés) expresamente establecen (art. 9:305, efectos de la extinción en general) como consecuencia de la resolución del contrato por

---

14 BREBBIA, Roberto. *Responsabilidad Precontractual*. Ed. La Rocca. 1987. p. 49.

15 BREBBIA. *Op. cit.* p. 221.

16 GÓMEZ POMAR, Fernando. “El incumplimiento contractual en Derecho Español” en *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, Julio de 2007, p. 30: “El contratante insatisfecho que resuelve el contrato podrá igualmente obtener la indemnización de aquellos perjuicios que la restitución de prestaciones que, normalmente, acompañará a la resolución, no esté en condiciones de eliminar para colocar al contratante en la situación de utilidad que tras la plena realización del contrato hubiera podido aprovechar.”

incumplimiento la liberación de las obligaciones pendientes de ambas partes, pero dejando a salvo el derecho de exigir las indemnizaciones que se hubieran originado hasta el tiempo de la extinción. En todo caso, estas normas no dejan lugar a dudas de la posibilidad para el acreedor de obtener el resarcimiento de la ganancia que hubiera obtenido ya sea de un negocio concreto o por diferencia con el valor de mercado (market rule)<sup>17</sup>, lo que incuestionablemente excede el estrecho marco del daño al interés negativo.

## **8. Conclusión sobre la indemnización de daños ante la resolución**

Habiendo pasado revista a las distintas posiciones sobre el punto, es hora de intentar sacar algunas conclusiones.

La tesis negatoria, que encontró su criticado antecedente más lejano en el BGB, pareciera no tener andamiaje frente a los claros textos de los arts. 1204 del C. Civil y 216 del C. de Comercio que expresamente refieren a la posibilidad de que el acreedor reclame la indemnización. Por lo demás, no existe norma alguna que expresamente lleve a la conclusión de que el cumplidor que opta por la resolución no pueda exigir la indemnización de los daños sufridos.

La tesis de la limitación de la indemnización al “daño al interés negativo” parece criticable, por cuanto traslada al momento del cumplimiento (o incumplimiento) de un contrato ya perfeccionado, conceptos que fueron pensados para la etapa previa a la celebración del contrato. Es que, precisamente, la propia idea de Ihering del “daño al interés negativo” diferenciado del “daño al interés positivo” se basa en poder distinguir la responsabilidad precontractual, que por definición refiere a un contrato aún no celebrado o celebrado inválidamente, de la responsabilidad contractual, que toma como punto de partida un contrato celebrado y válido. Entonces el concepto de “daño al interés negativo” (aún abarcando el lucro cesante) aparece como demasiado estrecho para el caso que nos ocupa, como para dar una respuesta satisfactoria. Entiendo que la posición que critico hace una equiparación entre los contratos no celebrados o celebrados inválidamente, con los contratos ineficaces por ineficacia sobrevenida (resolución), en los que la extinción se produce de manera retroactiva. Se trata

---

17 SOLER PRESAS, Ana. “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR” en *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, mayo de 2009.

de la idea de que la resolución extinguiría el contrato “como si este nunca hubiera existido”, lo cual no es del todo cierto por cuanto: a) las prestaciones divisibles y equivalentes que se hubieran cumplido quedan firmes y no son alcanzadas por el efecto restitutorio (arg. art. 1204 C. Civil); b) si algún tercero hubiera adquirido un derecho en relación con el contrato, éste derecho no caerá automáticamente; c) si en el contrato hubieran existido previsiones como el mismo pacto comisorio o sobre conflictos como cláusulas penales, prórrogas de competencia, etc., las mismas seguirán operando aún con el contrato extinguido por resolución. Es decir, que la continuación de algunos efectos del contrato extinguido por resolución demuestra que es una exageración sostener que debe considerarse que el contrato se extingue como si no hubiera existido y que resultaría contradictorio admitir el derecho a reclamar indemnizaciones en base al contrato.

Por lo dicho, la propuesta de este trabajo, a manera de conclusión, es abandonar los conceptos “interés positivo” o “interés negativo” para analizar al problemática aquí planteada, ya que dicho conceptos –que resultan útiles y adecuados para distinguir la responsabilidad precontractual de la contractual– crean confusión en este tema y además ocasionan artificiosas limitaciones a la hora de resarcir los daños sufridos por la parte cumplidora.

Creo que lo más adecuado será volver a los conceptos de daño emergente y lucro cesante, para aplicarlos a los casos de pretensiones de indemnización derivadas de un contrato resuelto por incumplimiento. Ahora bien, coincido con los autores que mayoritariamente se enrolan en la tesis del “daño al interés negativo” en que no es lo mismo desde el punto de vista de la indemnización que el contratante cumplidor exija el cumplimiento específico del contrato con más daños y perjuicios moratorios (o el cumplimiento por equivalente cuando el específico no puede obtenerse o ha perdido utilidad o interés para el acreedor), que opte por la extinción del contrato por la vía de la facultad comisorio o el pacto comisorio. Pero en este último caso, la diferencia con los anteriores no radicará tanto en considerar que “el contrato nunca hubiera existido”, como en los límites que impone de hecho el efecto restitutorio.

Por lo demás, no debemos olvidar que nos encontramos frente al caso de un contrato que se ha extinguido por un incumplimiento que es reprochable al deudor (sea a título de culpa o de algún factor objetivo de atribución), por lo que ese reproche trae como consecuencia que deba indemnizar las consecuencias negativas que el acreedor ha experimentado,

derivadas como consecuencia de ese incumplimiento. No puede dar lo mismo que el contrato esté o no celebrado (por más que se extinga retroactivamente) o que el mismo se cumpla o se incumpla.

## 9. Los límites que impone el efecto restitutorio

Se ha sostenido la independencia entre los efectos restitutorios propios de la resolución y los efectos indemnizatorios<sup>18</sup>. Esto es así, en el sentido de que no es válido “retener” bienes o dinero que deberían ser restituidos, a cuenta de daños y perjuicios que no estén debidamente reconocidos. Sin embargo, la relación entre los efectos restitutorios e indemnizatorios es íntima, como hemos dicho antes, por cuanto quien recupera todo o parte de la prestación entregada, reduce los daños a reclamar en la medida del valor actual de esos bienes.

La extinción del contrato por resolución por incumplimiento produce: a) la liberación de las partes de las obligaciones aún no cumplidas; b) la obligación de restituirse mutuamente lo que hasta ese momento se hubiera entregado en virtud de las obligaciones contractuales; y c) la obligación para el culpable de indemnizar los daños y perjuicios causados.

El primero de estos efectos, pone un límite al efecto indemnizatorio, ya que al producir la “liberación” de los contratantes, les permite disponer de los bienes por otros títulos<sup>19</sup>, produciendo una mitigación de los daños. El culpable responderá de los daños en la medida en que los mismos se encuentren en relación adecuada de causalidad, lo que necesariamente implica que se encuentre dentro de los límites de la previsibilidad<sup>20</sup>. Este criterio de la previsibilidad impide que el contratante que puede disponer libremente de los bienes que deberían haber estado comprometidos en el contrato frustrado, reclame una indemnización sustitutiva de su valor total si puede colocarlos en el mercado. Esta regla de mercado o “market rule”<sup>21</sup> permite, entonces, al contratante perjudicado reclamar la indemnización al culpable, deduciendo el valor de la colocación de esos

18 MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos. “La Resolución por Incumplimiento y su Efecto Restitutorio” en *La Ley*.

19 MÉNDEZ SIERRA. *Op. Cit.*

20 ACUÑA ANZORENA, Arturo. “La Previsibilidad como Límite de la Obligación de Resarcimiento en la Responsabilidad Extracontractual” en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. Ed. Platense. 1963. p. 41 y MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos. “El Daños Contractual Resarcible “Hadley v. Baxendale” y nuestro art. 520 del Cód. Civil” en *El Derecho*. T. 200. p. 38

21 SOLER PRESAS. *Op. Cit.* p. 5

bienes en el mercado (allí entrará a jugar la cuestión del mayor o menor valor de esos bienes de acuerdo a las oscilaciones de mercado). Así, la liberación de la obligación pendiente de entrega de la totalidad o parte de las cosas vendidas, frente a un contrato resuelto por incumplimiento del comprador, le permitirá al vendedor volver a disponer de estas cosas por otro contrato, lo que implicará una mitigación de sus daños, reduciendo éstos sólo a la diferencia con ese valor de mercado o colocación.

Algo similar ocurrirá con el efecto restitutorio de los bienes entregados antes de la resolución. Es que al obtener la restitución de los bienes entregados, el valor de éstos (sea por la propia utilidad que representan o por su valor de mercado) operará como un límite a la hora de pretender la indemnización de daños y perjuicios, la que quedará reducida a su menor valor actual o al resarcimiento de la pérdida del uso hasta la restitución, etc. Recuérdesse que aún Llabrás en el recordado caso “Firpo c. Hahn” en definitiva, más allá de los rótulos teóricos, llega a esta solución indemnizatoria.

## 10. La reforma del BGB

“En un contrato bilateral, el derecho de exigir la reparación de daños, no quedará excluida en caso de resolución”<sup>22</sup>. Este es el actual texto del parágrafo 325 del BGB alemán, desde que su reforma entrara en vigor el 1 de enero de 2002.

Con la reforma de esta norma desaparece el texto normativo fundamental que en el derecho comparado daba pábulo a la tesis negatoria<sup>23</sup>, como hemos visto más arriba.

Ya antes de esta reforma la doctrina alemana<sup>24</sup> relativizaba la limitación impuesta por su Código Civil, excluyendo de su aplicación los casos en que el contrato se extinguía sin cumplimiento de las prestaciones y admitiendo la indemnización por culpa *in contrahendo*.

La mencionada reforma ha alterado el panorama de modo tal que no quedan duda que una vez extinguido el contrato y concurriendo los requisitos que hacen posible la reparación de daños y perjuicios, estos son

---

22 Agradezco a Lissi Geiger, paciente y esforzada Profesora de Alemán, haber colaborado en la traducción del texto y haber esclarecido otras nociones en ese idioma.

23 LAMARCA Y MARQUÉS, Albert. “Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones” en *Revista para el Análisis del Derecho*, 10/1/2002. Puede verse en [www.indret.com/es/](http://www.indret.com/es/)

24 PANTALEÓN, Fernando. *Op. Cit.* p. 1150.

admitidos sin siquiera la limitación al daño al interés negativo.<sup>25</sup> De este modo el derecho alemán parece haber superado definitivamente la dicotomía entre la resolución del contrato por incumplimiento y la posibilidad de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. La creatividad de la doctrina y jurisprudencia de ese país había superado estas deficiencias en la práctica mediante la creación de la “*Differenztheorie*”<sup>26</sup>. Sin embargo, la reforma reconcilia el texto legal con el pensamiento científico y la práctica de los tribunales.

## 11. El *common law*

Las soluciones que sobre el punto brinda este sistema son algo difíciles de comparar con las de la familia del derecho romano continental, en la medida en que el *common law* frente al incumplimiento contractual posee un planteo totalmente diferente. Este planteo se centra en los “remedies”, es decir, en las herramientas que el derecho brinda al acreedor frente al incumplimiento de su co-contratante. Entre esas herramientas, el cumplimiento específico (“*specific performance*”) es solo una de las soluciones posibles y ciertamente, la última de ellas, prevista para casos especiales. Por ello, la cuestión que origina este trabajo no se plantea puntualmente en este derecho. Frente al incumplimiento el acreedor en primer término tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios. Esto se da así tanto frente a un incumplimiento total como parcial<sup>27</sup>.

Calamari y Perillo<sup>28</sup> enseñan que frente al incumplimiento del demandado los derechos contractuales primarios del actor son desechados y en sustitución la ley concede derechos secundarios. Estos son los “remedies”. En este sentido la parte no incumplidora tiene derecho o bien a daños “no compensatorios” (como son los nominales que conceden indemnizaciones simbólicas o los punitivos que conceden indemnizaciones ejemplificadas) o a daños “compensatorios”. En estos últimos se busca colocar a

25 MEDICUS, Dieter y LORENZ, Stephan. *Schuldrecht I*. Ed. C. H. Beck. 19 ed. 2010. p. 272.

26 LAMARCA Y MARQUÉS, Albert. “La Modernización del Derecho Alemán de Obligaciones: La Reforma del BGB” en *Revista para el Análisis del Derecho*, Abril 2001, p. 6, contiene un pormenorizado relato del origen de la solución del BGB original, su interpretación y su reforma. Puede verse en [www.indret.com/es/](http://www.indret.com/es/)

27 FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3ra. ed. Aspen Law & Business. p. 581.

28 CALAMARI, John D. y PERILLO, Joseph M. *The Law of Contracts*. 4ta. ed. Ed. West Group. 1998. p. 540.

la parte en la misma posición económica que hubiera alcanzado si el contrato se hubiera cumplido<sup>29</sup>.

Es decir que en este derecho las reglas legales no apuntan al cumplimiento del contrato (“*enforcement*”) sino al establecimiento de reglas (“*remedies*”) para compensar el incumplimiento. Tan es así que el reconocido jurista norteamericano E. Allan Farnsworth sostiene que junto a la libertad contractual existe una “considerable libertad para incumplirlos”<sup>30</sup>.

Por su parte el *Restatement Second of Contracts*, en su numeral 345 al citar los remedios disponibles judicialmente, cita en primer lugar a la indemnización dineraria de los daños. Para este derecho (numeral 344) el interés a reparar puede ser el de expectativa, es decir las ganancias que esperaba obtener del contrato, el de confianza, limitado a los gastos incurridos en atención al contrato celebrado o la restitución de lo dado. Con lo que se ve que la indemnización en el interés de expectativa (“*expectation interest*”) en modo alguno limita la reparación al daño al interés negativo, concepto que sería más afín al “*reliance interest*”.

El *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos de Norteamérica en el numeral 2-703 prevé, entre los remedios a que puede acudir el vendedor frente al incumplimiento del comprador, que éste puede extinguir el contrato (“*cancel*”) y además que puede reclamar indemnización de daños. Similares derechos corresponden al comprador frente al incumplimiento del vendedor, acorde al numeral 2-711 de ese código.

## 12. Resolución en las normas del Código Civil

A esta altura de la argumentación, me parece oportuno recordar algunos textos básicos de nuestro Código Civil. En este sentido, aparece como central lo dispuesto en el art. 519 en el que el concepto de “daños e intereses” se extiende a las pérdidas y a “la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor...” (lucro cesante).

Como dijimos en el caso de la extinción del contrato por vía del pacto o la facultad comisoria ex art. 1204 del C. Civil, el deudor ha obrado de manera culposa (en sentido amplio). Por tanto, aparece oportuno recordar lo que establece el art. 511 de ese Código: El deudor de la obligación es también responsable de los daños e intereses, cuando por culpa propia ha

29 CALAMARI y PERILLO. *Op. Cit.* p. 543.

30 FARNSWORTH, E. Allan. (1970, 1147) citado por MACNEIL, Ian. *The Relational Theory of Contract*. Sweet & Maxwell. 2001, p. 266. Véase también FARNSWORTH. *Op. Cit.* p. 756.

dejado de cumplirla, el que en gran medida coincide con la solución establecida en el art. 506 para el deudor que actúa dolosamente. La solución es muy distinta, también frente al caso de extinción del contrato, pero sin culpa, como es el caso fortuito o la fuerza mayor. El art. 513 expresamente prevé que en este caso el deudor no será responsable de daños e intereses. Lo mismo sucede frente a los casos de imposibilidad de ejecución de la obligación (arg. arts. 627 y 628) en los que se produce la extinción –sin culpa– y no hay obligación de indemnizar.

Con lo que decimos, reforzado por el propio texto del art. 1204 del C. Civil, lleva a la conclusión indudable de que cuando el deudor incumple y ese incumplimiento puede atribuírsele (aún objetivamente), deberá indemnizar las consecuencias que se encuentren en relación adecuada de causalidad, lo que comprende el daño emergente y el lucro cesante realmente sufrido y probado, con las limitaciones que hemos visto derivadas de los efectos restitutorios.

### **13. El nuevo Código Civil y Comercial Unificado, Ley 26.994**

El nuevo Código contiene un Capítulo 13 en la teoría general del contrato, dedicado exclusivamente a la extinción, modificación y adecuación del contrato. Sobre el tema que nos ocupa aparece claro que la nueva norma supera todo prejuicio acerca de la cuestión de la subsistencia de los efectos de un contrato extinguido, incluso retroactivamente. Esto se deja ver claramente en el inc. h del art. 1078 que establece que “la extinción del contrato deja subsistentes las estipulaciones referidas a las restituciones, a la reparación de los daños, a la solución de controversias y a cualquier otra que regule los derechos y obligaciones de las partes tras la extinción”.

Por lo demás, el art 1082 del Código se refiere específicamente al tema de la reparación del daño ante la extinción del contrato. Allí realiza una remisión a la regulación unificada que el mismo cuerpo realiza de la responsabilidad civil. Esto nos permite inferir que la ante la extinción del contrato corresponde la reparación integral, siempre que se encuentren reunidos los demás recaudos de la responsabilidad civil. Adicionalmente el Código aclara que la reparación incluye –pero no se limita a ello– el reembolso de gastos y, siendo que el Nuevo Código, no recibe expresamente la categoría del “daño al interés negativo” ni siquiera para el ámbito específico de la responsabilidad precontractual (arts. 990 y cc.) no cabe traerla análogicamente a un ámbito como el de la responsabilidad contrac-

tual que debería ser extraño a él. Los arts. 1740 y 1747 del nuevo cuerpo parecen orientados en el sentido de la no limitación de los daños indemnizables, al consagrar el principio de la reparación plena y de la acumulación del daño moratorio con el compensatorio o el valor de la prestación.

La nueva legislación coloca al tema en lo que entendemos es la senda correcta y no limita la reparación de daños cuanto un contrato se extingue por resolución, como consecuencia del incumplimiento, ya que como dijimos al hacer en el inc. a) del nuevo art. 1082 una remisión a la responsabilidad civil general, nada pareciera indicar en el sentido de la aplicación del concepto restrictivo del daño al interés negativo.

## Referencias bibliográficas

- ACUÑA ANZORENA, Arturo. "La Previsibilidad como Límite de la Obligación de Resarcimiento en la Responsabilidad Extracontractual" en *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. ed. Plantense. 1963.
- ALTERINI, Atilio A. *Contratos*. Abeledo Perrot.
- BREBBIA, Roberto. *Responsabilidad Precontractual*. ed. La Rocca, 1987.
- CALAMARI, John D. y PERILLO, Joseph M. *The Law of Contract*. 4ta. ed. Ed. West Group. 1998
- CORNET, Manuel. *Efectos de la Resolución de los Contratos por Incumplimiento*. Ed. Marcos Lerner.
- FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. 3ra. ed. Aspen Law & Business. p. 581.
- GÓMEZ POMAR, Fernando. "El incumplimiento contractual en Derecho Español" *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona. Julio de 2007
- LAMARCA Y MARQUÉS, Albert. "Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones" en *Revista para el Análisis del Derecho*, 10/1/2002. Puede verse en [www.indret.com/es](http://www.indret.com/es).
- LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de Derecho Civil Obligaciones*. T I. Ed. Perrot. 5ta. ed.
- MACNEIL, Ian. *The Relational Theory of Contract*. Sweet & Maxwell. 2001.
- MEDICUS, Dieter y LORENZ, Stephan. *Schuldrecht I*. Ed. C. H. Beck. 19 ed. 2010. p. 272.
- MÉNDEZ SIERRA, Eduardo Carlos. "El Daños Contractual Resarcible "Hadley v. Baxendale" y nuestro art. 520 del Cód. Civil" en *El Derecho*. T. 200. p. 38.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. "Incumplimiento, resolución y lucro cesante" en *La Ley* 1990-D, 1064
- PANTALEÓN, Fernando. "Resolución por Incumplimiento e Indemnización" en *Anuario de Derecho Civil* 1989, IV, p. 1150.
- POSNER, Richard A. *Economic Análisis of Law*. Ed. Aspen Law. 5ta. ed.

SOLER PRESAS, Ana. “La indemnización por resolución del contrato en los PECL/DCFR” en *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, mayo de 2009.

TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. T. II. Ed. La Ley.

VAZQUEZ FERREYRA, Roberto. “Incumplimiento Contractual y Responsabilidad por Daños” en *La Ley Litoral*, 1997, 185.

## Rodrigo Martín Pellejero

Abogado recibido en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Magister en Filosofía del Derecho – UNR, Profesor Adjunto, Derecho Civil III en la Universidad Nacional de Rosario, Profesor Titular Asociado de Contratos Civiles y Comerciales, Universidad Abierta Interamericana, Profesor Titular Asociado Derecho del Consumidor, Universidad Abierta Interamericana.

---

### REGISTRO BIBLIOGRÁFICO

Rodrigo Martín Pellejero

«DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO. REVISITANDO EL PLENARIO “CIVIT”, MÁS DE VEINTE AÑOS DESPUÉS, A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL», en *Papeles del Centro de Investigaciones*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 6, número 17, Santa Fe, República Argentina, 2016, pp. 107–125.