

Ab

Revista de Abogacía

ISSN 2545-8485

AÑO X
MAYO
DE 2026

NÚMERO

18

Una revista ocupa mucho espacio

La protección en disputa

La virtual prohibición del derecho a huelga en la ley de “Modernización” laboral

Poder judicial: ¿una justicia de poder?

“Ley de glaciares”, inversiones mineras y federalismo

El futuro del derecho sucesorio desde un análisis crítico sobre los primeros 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación

Código y caverna. Ficciones jurídicas entre Žižek, Platón y la máquina

El derecho de las obligaciones y la responsabilidad civil en Argentina

La suspensión preventiva vs. la suspensión sancionatoria

Repensar los aspectos relevantes en el pronunciamiento del Congreso de la Nación en materia de DNU. Debate legislativo abierto

A 50 años del 24 de marzo de 1976. Una perspectiva histórica acerca del por qué y el para qué de la última dictadura cívico-militar

Cuerpos. Violencia sexual y terrorismo de Estado

Las infancias como víctimas del terrorismo de Estado

A 50 años del golpe. Ley de drogas: una deuda de la democracia. El discurso jurídico y la dictadura. Sobre cómo el derecho normalizó la ilegalidad

El legado normativo y jurisprudencial de las dictaduras militares en el derecho administrativo actual

“Hay una juventud, a contramano de lo que dicen muchos, que sueña con un país más justo, más solidario”. Entrevista a Estela de Carlotto

Ab-Revista de Abogacía

Año X | Nº 18 | mayo de 2026

© 2026, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2026 EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN: 2545-8485



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Directora General de Gestión de la Información y

Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

División Diseño Gráfico Editorial: **Jorge Otermin**

Arte y maquetación integral: **Florencia Jatib y Mariana Aurora Zárate**

Coordinación editorial: **Paula D'Amico y Santiago Basso**

Corrección de estilo: **María Laura Romero,**

Mariangeles Carbonetti, Laura González y Lautaro de Charras

staff

Director y editor responsable: **Martín Cormick**

Coordinador editorial: **Gonzalo Gastón Semeria**

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz



Ab-REVISTA DE ABOGACÍA
AÑO X | N° 18 | MAYO DE 2026

Índice

PRESENTACIÓN

Una revista ocupa mucho espacio Gonzalo Gastón Semeria	5
--	----------

ARTÍCULOS

La protección en disputa. Experiencia de un equipo interdisciplinario ante las limitaciones del sistema judicial en violencia de género María Milagros Cisneros y Antonella De Stefano	9
--	----------

La virtual prohibición del derecho a huelga en la ley de “modernización” laboral Camila Dal Molin	15
---	-----------

Poder judicial: ¿una justicia de poder? Alfredo Gustavo Di Pietro	27
---	-----------

“Ley de glaciares”, inversiones mineras y federalismo Juan José Carbajales	33
--	-----------

El futuro del derecho sucesorio desde un análisis crítico sobre los primeros 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación Marisa Herrera	53
---	-----------

Código y caverna. Ficciones jurídicas entre Žižek, Platón y la máquina Osvaldo Nan	79
--	-----------

El derecho de las obligaciones y la responsabilidad civil en Argentina. A diez años de vigencia del Código Civil y Comercial Javier Santamaría	93
--	-----------

La suspensión preventiva vs. la suspensión sancionatoria. Análisis jurídico de las diferentes aplicaciones de medidas de suspensión en el ámbito disciplinario Eduardo J. Schenone	107
--	------------



Ab-REVISTA DE ABOGACÍA
AÑO X | N° 18 | MAYO DE 2026

Repensar los aspectos relevantes en el pronunciamiento del Congreso de la Nación en materia de DNU. Debate legislativo abierto Alexis Maximiliano Werner	117
DOSSIER A 50 AÑOS DEL GOLPE	
A 50 años del 24 de marzo de 1976. Una perspectiva histórica acerca del por qué y el para qué de la última dictadura cívico-militar Victoria Bedin	129
Cuerpos. Violencia sexual y terrorismo de Estado Cynthia Britez	137
Las infancias como víctimas del terrorismo de Estado. Invisibilización, reconocimiento jurídico y reparación Marina Ditieri y Luna M. Ramirez	147
A 50 años del golpe. Ley de drogas: una deuda de la democracia. La Ley N° 23737, el paradigma nixoniano y la democracia pendiente Emiliano Gareca	155
El discurso jurídico y la dictadura. Sobre cómo el derecho normalizó la ilegalidad Gonzalo Gastón Semeria	163
El legado normativo y jurisprudencial de las dictaduras militares en el derecho administrativo actual Milagros Rayes, Julián Besio Moreno, María Laura Manin, Fernando Alberto Vázquez, Martín Cormick, Marta Maule, Cecilia Sánchez y Karina Signorile	171
ENTREVISTA	
“Hay una juventud, a contramano de lo que dicen muchos, que sueña con un país más justo, más solidario”. Entrevista a Estela de Carlotto Martín Cormick	205

Una revista ocupa mucho espacio



Gonzalo Gastón Semeria*

*Y que patatán fue el consejo
de hacer entender a los hombres que los animales
querían volver a ser libres [...] Y que patatán fue la
orden de huelga general*

Fragmento del cuento
“Un elefante ocupa mucho espacio” de Elsa Bornemann
censurado por el Decreto N° 3155/1977

Al cumplirse 50 años del inicio de la última dictadura cívico militar, que arremetió contra las instituciones de la Constitución Nacional y cometió crímenes de lesa humanidad –que hoy, en buena parte, se encuentran juzgados o en proceso¹ y otros delitos económicos, en mayor medida impunes, desde *Ab-Revista de Abogacía* invitamos a nuestra comunidad universitaria a reflexionar sobre este pasado y sus implicancias en el presente.

* Revista Ab (UNPAZ).

¹ La Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, en su informe estadístico del año 2025, informó que, desde 2006, fecha en la que se reiniciaron los juicios por delitos de lesa humanidad cometidos durante la Dictadura, se han dictado 357 sentencias en todo el país, de las cuales un 52% posee alguna instancia de apelación pendiente ante la Cámara Federal de Casación Penal o la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo, al 1 de diciembre de 2025, se registran 706 causas en trámite. Información disponible en <https://www.mpf.gob.ar/lesa/50-anos-del-ultimo-golpe-de-estado/>

Al contarse la historia corta sobre lo sucedido después del horror se suele comenzar por el Juicio a las Juntas, en el mítico 1985; pasar por el posterior período de impunidad y de democracia acechada, entre fines de los años ochenta y durante los años noventa, al compás de las leyes de obediencia debida y punto final, como así también por los indultos; hasta llegar, en el año 2003, a la anulación de estas leyes y su posterior declaración de inconstitucionalidad, en el año 2005, en el caso “Simón”.

Sin embargo, a esta historia corta, que presenta una concatenación de hitos relevantes para el ojo entrenado por un sistema de referencias tan específico como lo es el estándar del hacer jurídico, se le escapan algunas tramas que, aunque eludidas, producen efectos discursivos. Quizás es por esa misma razón que los producen.

Por eso nos convocamos a pensar, aprovechando el impacto simbólico de las fechas redondas, sobre las marcas visibles y las huellas surcadas por la Dictadura en el discurso jurídico que articula nuestra actualidad. Por ello, en este número contamos con una sección especial, que reúne una primera tanda de las colaboraciones recibidas en esta convocatoria.

En primer lugar, el artículo de Bedin se propone una lectura histórica indagando el por qué y el para qué de la última dictadura cívico-militar. La colaboración remitida por Britez aborda la violencia sexual bajo los dominios del terrorismo de Estado.

Ditieri y Ramírez abordan el problema de las infancias como víctimas del terrorismo de Estado, partiendo de su invisibilización sistemática hasta llegar al reconocimiento de sus derechos y su reparación.

Los artículos de Gareca, Semeria y el trabajo colectivo de Rayes, Besio Moreno, Manin, Vázquez, Cormick, Maule, Sánchez y Signorile, abordan el problema de la “legalidad” legada por el autodenominado “Proceso” y reflexionan sobre sus efectos.

En la sección entrevistas, a cargo de Cormick, tenemos el honor de acercarnos las palabras que nos regaló Estela de Carlotto.

Además, en esta oportunidad, como en cada número, les compartimos artículos y trabajos de investigación de miembros de nuestra UNPAZ y de otras universidades.

Cisneros y De Stefano nos presentan un estudio sobre los desafíos que afrontan los equipos interdisciplinarios frente a las limitaciones del sistema judicial para abordar los casos de violencia de género.

Los artículos de Dal Molin y Carbajales se meten en la coyuntura y nos explican la reciente reforma laboral y las modificaciones a la Ley de glaciares.

Di Pietro propone una reflexión sobre el funcionamiento el Poder Judicial a partir de la pregunta: ¿una justicia de poder?

Herrera y Santamaría nos comparten dos colaboraciones que fueron presentadas en las jornadas realizadas en la UNPAZ en 2025, al cumplirse diez años de la sanción del Código Civil y Comercial.

Nan, desde la filosofía del derecho, nos acompaña una reflexión a partir de sus lecturas sobre las ficciones jurídicas.

Por último, este número cuenta con los artículos de Schenone y de Werner, dos estudios relevantes para la dogmática del derecho administrativo; Schenone trabaja el problema de las suspensiones en los procedimientos disciplinarios y, por otro lado, Werner analiza el rol del Congreso en el tratamiento de los DNU.

Con todo esto, ahí les va la edición número 18 de *Ab-Revista de Abogacía*.

La protección en disputa

Experiencia de un equipo interdisciplinario ante las limitaciones del sistema judicial en violencia de género



María Milagros Cisneros y Antonella De Stefano***

El Centro de Justicia de la Mujer (CJM), dependiente del Consejo de la Magistratura –Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires–, es un dispositivo que aborda situaciones de violencia por motivos de género. Una de las sedes, en donde tomamos intervención, está ubicada en el barrio de Lugano, zona sur de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Está conformado por un equipo interdisciplinario integrado por una trabajadora social, una psicóloga y una abogada. Este equipo realiza una primera escucha en los casos de las mujeres que buscan asesoramiento, contención o realizar una denuncia, por lo tanto, consiste en un punto de acceso a la justicia. A este recorrido que se inicia se lo denomina “ruta crítica” (Sagot, 2000).

En este barrio, predominan las consultas de violencia con modalidad doméstica, ejercidas por parejas o ex parejas. Además, entre las personas que integran las consultas, encontramos que están atravesadas por factores de interseccionalidad como: mujeres heterosexuales, migrantes, madres con más de un hijx, trabajo precario y no registrado, situación habitacional inestable en viviendas vulnerables.

La población que habita la comuna presenta características variadas ya que en los alrededores existen barrios en situación de vulnerabilidad sin desarrollo urbanístico ni servicios básicos incorporados. En este sentido, la comuna, en general, cuenta con una población de clase media baja que presenta problemáticas asociadas a la pobreza y la marginalidad.

* Lic. en Trabajo Social - Centro de Justicia de la Mujer.

** Lic. en Psicología - Centro de Justicia de la Mujer.

A más de ello, y teniendo en cuenta las características de la comuna, también hay que sumar el contexto político y social que nos encontramos cursando en la actualidad. En tiempos de discursos negacionistas e implementación de políticas neoliberales, se profundizan las desigualdades sociales y comienzan a debilitarse la protección de los derechos. Ante esta situación, debemos fortalecer los lazos comunitarios, territoriales, las redes, la participación ciudadana y las estrategias colectivas que luchan por el resguardo de la memoria, la justicia social, los derechos humanos y la equidad en el acceso a derechos.

Estamos en un contexto que está signado por discursos que buscan minimizar, invisibilizar y hasta negar las políticas de género, las frustraciones y, por ello, el desgaste emocional y la incertidumbre se intensifican al momento de dar respuestas a las personas que sufren violencia. Es en estos momentos cuando los espacios grupales y comunitarios se presentan como ámbitos fundamentales para contener y resignificar las experiencias.

Nuestra intervención comienza a través de entrevistas semi-estructuradas, las cuales se realizan a fin de obtener un recuento de la situación en que se encuentra la persona. Esto tiene como objetivo la producción de un informe interdisciplinario de situación de riesgo, el cual se evalúa como bajo, medio o alto, y el pedido de las medidas de protección civil indicadas para el caso concreto.

En este sentido, con frecuencia se presenta una problemática vinculada al tiempo que se tarda en disponer las medidas de protección de carácter cautelar. El procedimiento habitual es el siguiente: una vez finalizado el informe interdisciplinario, se realiza el sorteo de un Juzgado Nacional en lo Civil. Sin embargo, si este trámite se lleva a cabo después de las 13:30, el sorteo se aplaza al día siguiente. Como consecuencia, medidas que deberían adoptarse con carácter urgente suelen demorarse más de veinticuatro horas, e incluso, en numerosas ocasiones, más de una semana hasta que el juez o la jueza resuelve la cuestión.

A más de ello, se infiere también de la práctica la dificultad cuando la mujer, además de requerir la intervención en el fuero civil, radica una denuncia en la sede penal. Sin perjuicio de la normativa vigente, a pesar de que la fiscalía cuenta con facultades para dictar medidas de protección para el resguardo de la persona, estas medidas rara vez son llevadas a cabo. Por lo general, dicha institución se limita, en casos de riesgo alto, al otorgamiento de un dispositivo botón antipánico, medida que en muchos casos resulta insuficiente, sobre todo cuando la consultante reside con el perpetrador de la violencia.

En estos casos concretos, observamos un desamparo que se extiende a días, sin una protección integral y efectiva por parte del sistema judicial. Esta situación representa un serio problema para la persona que acude en busca de solución frente a una situación de violencia, especialmente en aquellos casos en los que el equipo interdisciplinario ha valorado el riesgo como alto. Además, no se cumple con la debida diligencia pregonada por el Estado y el mismo sistema en busca de la prevención y erradicación.

Cabe señalar que la Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, sancionada en 2009, establece en su artículo 22:

Entenderá en la causa el/la juez/a que resulte competente en razón de la materia según los tipos y modalidades de violencia de que se trate. Aun en caso de incompetencia, el/la juez/a interviniente podrá disponer las medidas preventivas que estime pertinentes.

Asimismo, el artículo 26 prevé medidas preventivas urgentes, tales como la prohibición de acercamiento y el cese de los actos de perturbación o intimidación, entre otras. Cabe destacar que la ley habilita a la autoridad judicial a disponer toda otra medida urgente que resulte necesaria para garantizar la seguridad de la mujer, teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto. Por lo que esta herramienta depende de la perspectiva y la debida diligencia del funcionario a cargo.

Esto pone en evidencia una dificultad para dar respuesta efectiva a situaciones de urgencia, dejando a la persona en una condición de especial vulnerabilidad.

Presentaremos un caso a los fines de dar a entender esta cuestión.

Presentación de caso

En abril de 2025, Ana, de treinta años, se presenta derivada del Centro de Salud y Acción Comunitaria (CeSAC) N° 48. Vive en Lugano y es oriunda de Chaco. Vino a CABA en enero de 2025 junto con su hija de seis meses y su pareja, Néstor, de 41 años. Tiene tres hijxs más en Chaco que viven con familiares. Se muda a CABA porque su hija, la cual no tiene DNI, presenta problemas de visión y hace un tratamiento en el Hospital de Pediatría Garrahan.

Ana no cuenta con teléfono propio ni correo electrónico. Es analfabeta, no terminó la escuela primaria. Presenta dificultades en el habla (tuvo Certificado Único de Discapacidad –CUD–, el cual está vencido). Cuenta con la Asignación Universal por Hijo como único ingreso. Se encuentra en una situación de dependencia económica respecto de su pareja.

Concurre al CJM habiéndose separado recientemente del padre de sus hijxs, el cual la echó de la casa luego de que ella tomara contacto con su hermana, pero continúa agrediéndola por el celular de su hermana. Cuenta haber iniciado el vínculo cuando ella tenía dieciséis años y él, veintisiete. Relata haber vivenciado múltiples violencias: psicológica (a través del control, el aislamiento por no poder tener contacto con su familia, el impedimento de trabajo), física, ambiental, económica y simbólica. Muchos de estos episodios en presencia de los hijxs. Se desprende del relato un vínculo asimétrico enmarcado en estereotipos de género y roles asignados a las mujeres de inferioridad y sumisión respecto del hombre mostrando que ella debía ocuparse de las tareas de cuidado-domésticas, y él del trabajo remunerado y por fuera del hogar.

Refiere haber realizado una denuncia en Chaco tras haber sido hospitalizada a raíz de lesiones generadas por su pareja. No obtuvo medidas de protección, se archivó la causa y luego retomó el vínculo

a raíz de pedidos de perdón por parte del agresor. Este presenta consumo de alcohol y cocaína lo cual colabora a exacerbar el despliegue de su violencia.

Problematización del caso

Ana se presenta con la firme decisión de denunciar y solicitar medidas de protección (exclusión del hogar para el agresor, cuota alimentaria provisoria y prohibición de acercamiento); se elabora un informe valorado como Riesgo Alto. Sin embargo, más allá del reconocimiento de la violencia ejercida por su pareja, atraviesa una marcada vulnerabilidad social y económica como también habitacional que limita su autonomía e independencia. Una de sus principales preocupaciones es la dependencia económica respecto de Néstor, lo que refuerza un lazo de sometimiento y dificulta la posibilidad de construir un proyecto propio. La ausencia de políticas sociales que le brinden apoyo económico ante situaciones de violencia de género intensifica su desamparo.

Este cuadro se ve agravado por el inicio del vínculo en la adolescencia, etapa en la cual la diferencia de edad entre ambos posicionó a Néstor en un lugar de autoridad y poder. Desde entonces, él ejerció control al impedirle estudiar y trabajar. Esto restringió sus posibilidades de desarrollo personal y consolidó una dinámica de dominación y asimetría de poder.

Ana cuenta con el acompañamiento de su hermana, un sostén afectivo que resulta fundamental en este contexto. No obstante, en su discurso se advierte cierta naturalización de la violencia, así como una tendencia a minimizar los episodios sufridos, ya que el motivo de consulta surge luego de que Néstor la expulsara del domicilio. También emergen en su relato creencias vinculadas a estereotipos de género y familia, que contribuyen a sostener el sometimiento dentro de la relación y dificultan la percepción de la gravedad de la situación.

Resolución del caso

Luego de la entrevista, Ana realiza la denuncia penal en la que se dicta el dispositivo botón antipánico, el cual retiró en la sede de Lugano, como única medida de protección. Se acuerda que, a los fines de resguardarse, permanecerá en el domicilio de su hermana, quien vive en CABA.

Asimismo, el equipo interdisciplinario solicita la intervención de la Justicia Nacional en lo Civil, dando inicio a un expediente por violencia familiar. Ante la falta de respuesta inmediata, se acuerda con Ana que permanezca en el domicilio de su hermana con su bebé como también se pacta seguimiento telefónico con ella. A su vez, se enlaza especialmente con el servicio social del CeSAC N° 48, donde Ana suele concurrir a los controles, porque está cerca de su domicilio. También se deriva al Programa para la Atención de Derechos de Personas con Discapacidad a fin de acompañar a Ana a acceder al turno para renovar el CUD.

Cabe destacar que, recién al día siguiente, este CJM es notificado con la carátula, número de causa y juzgado interviniente, el cual dictó, luego de 72 horas, las medidas solicitadas.

Al tomar contacto nuevamente con la hermana de Ana (ya que esta no tiene celular), refiere que en un primer momento la situación permaneció tranquila, pero luego, tras consultarle sobre la notificación de las medidas dispuestas, nos advierte que retomó el vínculo con el agresor.

En el mes de mayo –último contacto–, Ana se presenta nuevamente ante este centro a fin de solicitar la eximición de pago para el DNI de su hija. Ante esto, nos comunicamos con Servicio Social Zonal 8 que realiza dichos trámites y se la deriva allí. Por otro lado, al ser consultada respecto a la situación con el agresor y acerca de cómo continuaba todo, se mostró muy reticente a realizar comentarios. Se refuerza la presencia de este CJM como lugar de apoyo y contención, se le destacan las medidas dispuestas, las cuales se encontraban vigentes, y la posibilidad de continuar con el proceso.

Reflexiones finales

Nos encontramos frente a una persona atravesada por múltiples vulnerabilidades –analfabetismo, aislamiento y encierro forzado, dependencia económica y emocional, violencia física, inestabilidad habitacional y económica– que ve limitado su acceso a la justicia y a los recursos básicos para su desarrollo autónomo e individualidad.

La demora y las limitaciones de las instituciones, la falta de articulación entre las jurisdicciones –la denuncia previa realizada en la provincia de Chaco que no tuvo seguimiento y medidas de protección– y la fragmentación de las intervenciones contribuyen a la reproducción de la violencia. El Estado resulta el primer perpetrador de esta violencia.

Se destaca la desprotección que sufren las mujeres y diversidades, sobre todo en contextos periféricos, por fuera de los márgenes, las cuales terminan siendo víctimas de abandono estatal, pobreza, maltrato, violencia, abuso y revictimización. Este escenario nos interpeló profundamente, y nos cuestionamos acerca de la responsabilidad que tenemos como trabajadoras del Poder Judicial. Así como la del propio Estado el cual, en los últimos tiempos, demostró un marcado retroceso respecto a las políticas de género y una apatía frente al despliegue de las violencias.

Es necesaria la accesibilidad real, con un acompañamiento sostenido y duradero en el tiempo, con recursos concretos (legales, económicos, habitacionales, médicos y psicológicos) que aborden de manera integral las múltiples dimensiones de la violencia de género. Solo a partir de dispositivos estatales efectivos y articulados es posible favorecer procesos de autonomía, reparación y reconstrucción subjetiva en las personas afectadas.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos resaltar la importancia de los lazos comunitarios y las redes del territorio, las cuales muchas veces dependen de la buena voluntad de lxs trabajadorxs y resultan autogestivas ya que recurren a intervenciones creativas, lo que es escaso ante situaciones de extrema

vulnerabilidad como en el caso mencionado. Sin embargo, en ese enlace interinstitucional se encuentra una manera de resistir ante la crueldad y las limitaciones de los recursos existentes.

Referencias bibliográficas

Ley 26485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009).

Sagot, M. (2000). La ruta crítica de las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América latina. Estudio de 10 casos. Organización Panamericana de la Salud, Programa Mujer, Salud y Desarrollo. Recuperado de: <https://www.paho.org/sites/default/files/2023-01/ruta-critica-mujeres-afectadas-violencia-intrafamiliar-2000.pdf>

La virtual prohibición del derecho a huelga en la ley de “modernización” laboral



Camila Dal Molin*

Introducción

No resulta novedoso, sobre todo en los últimos años, que se haya pretendido abordar una modificación en la normativa referida al derecho a huelga en nuestro país. Casi desde el inicio de la actual gestión ha sido decisión de la misma acotar y hasta nulificar el derecho a medidas de acción directa de diversas actividades, y la última modificación no resulta distinta en los objetivos perseguidos ni en derechos conculcados. En un contexto marcado por la reforma laboral que planteó el gobierno de Javier Milei y ante las consecuencias evidentes que la misma traerá aparejadas, resulta trascendente realizar un análisis sobre el derecho a huelga, principal medida de acción que el movimiento obrero organizado tiene para la protección del interés de los trabajadores, entendido este como todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y trabajo.¹

El conflicto social encauzado en cada sistema normativo tiene como base un sistema democrático. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su 54° reunión del año 1970 dictó una resolución² sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, en un todo de acuerdo con aquellos derechos/libertades que son fundamentales para el pleno ejercicio de la libertad sindical, entendiendo

* Abogada laboralista, docente de Derecho del Trabajo en la Universidad de Buenos Aires.

1 Ley N° 23551, artículo 3. Entiéndese por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador.

2 https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40dgreports/%40jur/documents/genericdocument/wcms_454675.pdf

que sin independencia nacional ni libertades políticas no pueden existir derechos sindicales plenos y genuinos.

En tal sentido, la OIT hace hincapié en los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos tratados con jerarquía constitucional en Argentina conforme el artículo 75, inciso 22, previendo que son condición necesaria para el ejercicio de la libertad sindical:

El derecho a la libertad y a la seguridad de la persona y a la protección contra la detención y la prisión arbitrarias;

La libertad de opinión y de expresión y, en particular, de sostener opiniones sin ser molestado y de investigar y recibir información y opiniones, y difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión;

El derecho de reunión;

El derecho a un proceso regular por tribunales independientes e imparciales;

El derecho a la protección de la propiedad de las organizaciones sindicales.

La plena vigencia de la autotutela, que presupone previamente todas las libertades arriba enunciadas, se encuentra hoy en una encrucijada en aquella normativa subconstitucional, en tanto no respeta derechos fundamentales consagrados en su texto y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional e incluso tratados con jerarquía superior a las leyes –como son aquellos de la OIT que han sido ratificados por nuestro país–. El presente trabajo analiza la normativa de nuestro país que refiere a la huelga y, particularmente, aquella que es realizada en actividades que son consideradas esenciales, así como que la redacción actual propuesta en la materia es, a las claras, inconstitucional.

Conceptualización y caracterización de servicios esenciales

La huelga como fenómeno sociolaboral ha atravesado diversidad de conceptualizaciones normativas con el correr de la historia. Primeramente, en el auge de un Estado Liberal posrevoluciones, esta fue entendida como obstáculo a la autonomía individual a la libertad de mercado y de tal modo reprimida y penalizada, lo que en Argentina se tradujo en la Ley de Residencia.³ Luego se atravesó una etapa de tolerancia del accionar del movimiento obrero y finalmente fue reconocida como derecho en un in-

3 También denominada la Ley Cané, N° 4144, autorizaba al Poder Ejecutivo a expulsar del país o no dejar ingresar extranjeros cuya conducta era considerada como perjudicial para la seguridad nacional o el orden público. Recordemos que, a fines del siglo XIX y comienzos del XX, Argentina tuvo grandes corrientes inmigratorias donde llegaron ideas de sindicalismo, socialismo, comunismo y anarquismo, idearios iniciales del movimiento obrero argentino y de las primeras centrales sindicales en nuestro país.

tento del Estado por moderar las relaciones colectivas admitiendo el sujeto colectivo como productor de normas autónomas.

En Argentina, el término huelga *per se* no ha sido definido, en un amplio respeto a las medidas de acción directa que el sujeto colectivo decida y defina como útiles y factibles a los fines de proteger el interés colectivo de sus representados, es decir que en plena vigencia del principio de libertad sindical la huelga puede implicar tanto modalidades activas como pasivas, es decir de abstención de prestar tareas –y su diversidad de modos– o con prestación de tareas.

La huelga, donde el daño está en su propia génesis y es reconocido como válido dentro del ordenamiento jurídico, difícilmente pueda tener una definición que le de un contorno jurídico sin encorsetar en realidad sus modalidades y finalidades. Muchos autores han definido la misma como la “abstención concertada colectivamente”. Otros la han denominado como todo tipo de perturbación concertada colectivamente. La Corte Suprema de Justicia, en un fallo relativo a la titularidad del derecho a huelga,⁴ ha establecido que implican la abstención o el retaceo de la prestación laboral por parte de los trabajadores como medio de presión para lograr que se satisfagan ciertas reclamaciones.

Al referirnos específicamente, como se desarrollará en el presente, a huelga en servicios esenciales, debemos hacer hincapié en que se trata de un concepto atinente a la normativa meramente laboral, en tanto implica aplicar una regulación específica a todo el instituto, acorde a los lineamientos constitucionales, para el derecho a huelga. Es decir, al referirnos a huelga en servicios esenciales nos referimos a un ámbito de autotutela por parte del movimiento obrero que se encuentra regulado de manera diversa por los países, pero que tiende a limitar la huelga al poner en valor otros derechos considerados fundamentales que deben ser resguardados de manera particular.

Siguiendo a Héctor García, de esto se desprenden dos consecuencias: la primera de ellas es que es inadmisibles la aplicación de restricciones mayores a las previstas al derecho a huelga, también en la parte más alta de nuestra pirámide normativa, y la segunda es que no se deben confundir conceptos que refieren a otras ramas del derecho, como es el caso del servicio público.

Cabría aquí hacer una primera diferenciación acerca de qué es servicio esencial. Se trata de un concepto característico del derecho laboral y se deslinda de aquel referido a servicios públicos, relativo al derecho administrativo. Los servicios públicos son aquellos realizados por la administración pública o bien por privados pero efectuados en servicio de la comunidad en general. Refiere particularmente a servicios que implican un interés que trasciende a un sector en particular.

Y es importante esta diferenciación porque la esencialidad, no definida por la normativa argentina sino por la OIT, implica en su caracterización una limitación del derecho a huelga. Tienen dicho los organismos de control de la OIT que lo que se entienda por servicios esenciales en sentido estricto

4 Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo, 7 de junio de 2016. <https://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudadautonomabuenaos-aires-orellano-francisco-daniel-correo-oficial-republica-argentina-sa-juicio-sumarσιμο-fa16000089-2016-06-07/123456789-980-0006-1ots-eupmocsollaf>

dependerá en gran medida de las condiciones propias de cada país y que, además, lo que no es considerado en sentido estricto como esencial, podrá serlo en el futuro cuando las características de la huelga pasen ciertos límites temporales o espaciales poniendo en riesgo la vida, seguridad o salud de toda o parte de la población.

Cada país, conforme sus propias particularidades, ha establecido en su sistema normativo este tipo de restricciones, mayormente por vía legislativa, y los mismos han establecido diversos criterios a los fines de calificar la esencialidad de un servicio. Doctrinariamente, se identifican tres tendencias: definición, enumeración y delegación. La definición vía normativa implica plasmar un concepto de servicios esenciales en el ordenamiento; la enumeración es un enunciado donde se prevé un listado de actividades o tareas consideradas esenciales; la delegación implica la transferencia a determinados órganos de la capacidad de prever con carácter general o en casos concretos y determinados cuáles son las actividades que verán restringido su derecho a huelga y esta delegación puede incluir además la determinación de servicios mínimos, concepto sobre el que volveremos.

Así, aquellos derechos que deben ser reasegurados al momento de un conflicto colectivo conforme los criterios internacionales que han trascendido las fronteras nacionales son: la vida, la salud y la seguridad, en tanto afecten a toda o a parte de la población.⁵

Conforme a su propia casuística, el Comité de Libertad Sindical además ha establecido que son servicios esenciales en sentido estricto

El sector hospitalario; los servicios de electricidad; los servicios de abastecimiento de agua; los servicios telefónicos; la policía y las fuerzas armadas; los servicios de bomberos; los servicios penitenciarios públicos o privados; el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares; y el control de tráfico aéreo.

Ahora bien, en Argentina, la regulación de los derechos fundamentales es materia reservada constitucionalmente al legislador⁶ y, como se ha dicho, no existe una definición de la huelga como medida de acción colectiva para la defensa de los intereses de trabajadores y trabajadoras, pero sí ha mantenido una regulación en los últimos años referida a la esencialidad de ciertas actividades que ha representado un alto nivel de respeto a la libertad sindical y particularmente a la huelga, algo que actualmente se ha visto afectado.

5 OIT, Conferencia Internacional del Trabajo (1983), "Libertad sindical y negociación colectiva", Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, informe III (parte 4B), Ginebra, 1983, párrafo 214

6 Constitución Nacional artículo 28.- Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Evolución normativa de huelga en servicios esenciales

La diversidad de normas en Argentina al respecto no ha sido pacífica. La Ley N° 25250, infame Ley Banelco –denominada también de Reforma Laboral–, incluía en su artículo 33⁷ lo referido a conflictos colectivos y servicios esenciales, sin definirlos ni enumerarlos, simplemente delegando en la autoridad administrativa la facultad en la fijación de servicios mínimos de aquellas actividades que sean consideradas esenciales.

El peligro que podría implicar la delegación –como sucedía con la Ley Banelco y con la actual Reforma– es la discrecionalidad y posible arbitrariedad al momento de definir no solo la esencialidad de las actividades, sino también cuáles son aquellos servicios mínimos a cubrir por parte de los trabajadores y las trabajadoras involucradas, lo que llevaría inevitablemente a una neutralidad del derecho constitucional a la huelga.

A la reglamentación de dicha Ley⁸ le sucedió la enumeración, pero la polémica devino en cuanto era el Ministerio de Trabajo quien podía, por resolución fundada, establecer una actividad como servicio esencial y entre las “cuestiones objetivas” que debía valorar la autoridad administrativa, estaba previsto que la actividad “pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciera peligrar las condiciones normales o de existencia de la población” (Fundamentos del decreto 843/2000).

En virtud de la Ley y su correspondiente decreto reglamentario, el entonces Ministerio de Trabajo, conducido por Patricia Bullrich, dictó la Resolución N° 480/01 donde se previó que la educación era servicio esencial en virtud de su importancia y a los fines de que “no se tornen abstractos los lineamientos de la política educativa” y que la huelga no debería vulnerar el derecho de aprender, debiendo garantizarse servicios mínimos y:

Que la extensión indeterminada en el tiempo de huelgas docentes inciden en el objetivo primordial de la educación, dificultando la concreción de las metas pedagógicas que otorguen los conocimientos básicos de la formación requerida; [...] el Estado Nacional tiene la obligación de cumplir con el

7 Artículo 33. – En los casos que en razón de un conflicto de trabajo, las partes decidieran la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, éstas deberán garantizarla prestación de servicios mínimos que impidan su interrupción. El Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos estará facultado para disponer intimatoriamente la fijación de servicios mínimos que deben mantenerse en cada establecimiento o empresa cuando las partes hubiesen agotado la instancia tendiente al cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior sin acuerdo en tal sentido.

A falta de acatamiento de lo acordado previamente entre las partes o de la determinación que efectúe el Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos, éste procederá a instrumentar los procedimientos de los incisos 2 y 3 del artículo 56 de la ley N° 23551.

Será de aplicación la ley 14.786 a los fines de encauzar el conflicto y propender a su resolución.

Las facultades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos deberán ejercerse conforme las normas y resoluciones de la Organización Internacional del Trabajo.

8 Decreto 843/2000. Regláméntanse los servicios sanitarios y hospitalarios, telefónicos, la producción y distribución de agua potable y energía eléctrica y el control del tráfico aéreo, como servicios esenciales, en los casos de conflictos colectivos que dieran lugar a la interrupción total o parcial de los mismos, de acuerdo con las consideraciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64468/norma.htm>

mandato constitucional de garantizar educación para todos y ofrecer condiciones para cumplir con la obligatoriedad escolar de diez años. Que la formación de los habitantes de nuestro país es un servicio que el Estado nacional no puede resignar, debiendo el Poder Ejecutivo nacional garantizar el cumplimiento de los principios, objetivos y funciones del Sistema Nacional de Educación. Que la educación es un servicio público cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por el Estado⁹ (Resolución N° 480/2001).

Contra dicha resolución, las asociaciones sindicales que nuclean a docentes y educadores de nuestro país accedieron a la justicia, quien les otorgó razón en tanto la autoridad administrativa excede en sus competencias cuando prevé con carácter general que cualquier contienda colectiva debería ajustarse a los criterios que se daban para el ejercicio del derecho constitucional de huelga. En todo caso podría, ante un conflicto colectivo vigente, declarar el mismo dentro de la tipología de servicio esencial.¹⁰

En primer lugar, la polémica señalaba que el Ministerio no era un organismo independiente conforme los principios internacionales de la OIT en la materia y, en segundo lugar, quedaba en valoración del mismo el qué es definido como una crisis nacional aguda y cuáles son condiciones normales.

La redacción de la Ley N° 25877 que derogó la Ley Banelco y le daba a actividades que consideraba servicios esenciales carácter de *numerus clausus* (es decir, establecía qué actividades en virtud de un conflicto colectivo serán consideradas esenciales, debiendo garantizar servicio mínimo): servicios sanitarios, hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica, gas y el control del tráfico aéreo.

Además, en plena concordancia con la doctrina de los organismos internacionales, estableció que una actividad de las no mencionadas podría excepcionalmente ser considerada esencial. Se definiría por una comisión independiente, con la integración que posteriormente la reglamentación dispuso, y previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación. Este procedimiento sigue dos supuestos: 1) duración y extensión territorial, y 2) servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo (Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones).

9 Resolución 480/2001. Establécese la calificación como servicio esencial, a la educación, en virtud de su importancia y trascendencia. Determinánse los servicios mínimos que garantizarán el funcionamiento del sistema educativo, a los fines de que no se tornen abstractos los lineamientos de la política educativa. <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/68671/norma.htm>

10 Confederación de Trabajadores de la Educación de la República Argentina c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo Empleo y Formación de Recursos Humanos s/ Nulidad de Resolución (Sentencia N° 91.073 del 7-11-2002); En análogo sentido se pronunció la Sala III en la causa "Sindicato Argentino de Docentes Particulares (SADOP) c. Poder Ejecutivo Nacional y otro s/Amparo", con argumentación coincidente con la del dictamen del Fiscal General del Trabajo (CNAT SALA III 22-04-2002): (...) las facultades del órgano administrativo laboral deben sujetarse a las normas y resoluciones de la OIT, cuyo Consejo de Administración a través del CLS ha establecido que 'el sector de educación no constituye servicio esencial en el sentido estricto del término' (ver "La Libertad Sindical", OIT, n° 545, 4a edición, pág. 123, que hace referencia al párrafo 404 de la Recopilación de 1985 y 277 informe y caso n° 1528, párrafo 285). Por lo que la resolución ministerial resultaría ilegal.

Es decir, en una Argentina con plena vigencia del principio de libertad sindical previsto constitucionalmente en el artículo 14 bis y en los Pactos Internacionales del artículo 75 inciso 22,¹¹ la huelga tenía plena vigencia. Las actividades previstas en la primera parte del artículo deberían asegurar servicios mínimos, y dicha cuestión se resolvía normalmente entre las partes que estaban en conflicto por vigencia de la Ley de Conciliación N° 14786 y fijados en recomendación por la Comisión de Garantías, la cual era independiente de la autoridad administrativa. Y, en el caso de no estar previsto en dicho número cerrado de actividades, deberían las partes pasar por el proceso de conciliación previsto y sería, excepcionalmente y para el conflicto en particular, considerado esencial o de importancia trascendental si cumplimentaba con alguna de las dos condiciones que la propia ley preveía, con vigencia de criterios y doctrina del Comité de Libertad sindical y la Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Se fueron sucediendo durante los primeros años de la actual gestión del gobierno nacional una serie de medidas cuya finalidad era neutralizar las medidas de acción directa, en un claro retroceso normativo y violatorio de la Constitución. El dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/23, a escasos días de la asunción, fue el primero de ellos que intentó modificar el artículo 24 de la Ley N° 25877 de manera peyorativa.

En una redacción mucho más extensa previó un listado de actividades que serían consideradas esenciales, otro listado de actividades de importancia trascendental¹² y mantuvo la Comisión de Garantías

11 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22 inciso 3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales artículo 8 inciso 3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Ambos refieren al C087 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (OIT 1948 - Ratificado por Argentina en 1959) <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/200000-204999/203613/norma.htm>

12 ARTÍCULO 97.- Sustitúyese el artículo 24 de la Ley N° 25.877, por el siguiente: “ARTÍCULO 24.- Los conflictos colectivos que pudieren afectar la normal prestación de servicios esenciales o actividades de importancia trascendental, quedan sujetos a las siguientes garantías de prestación de servicios mínimos.

En lo que respecta a la prestación de servicios mínimos, en el caso de los servicios esenciales, en ningún caso podrá negociar o imponer a las partes una cobertura menor al SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) de la prestación normal del servicio de que se tratare.

En el caso de las actividades o servicios de importancia trascendental, en ningún caso se podrá negociar o imponer a las partes una cobertura menor al CINCUENTA POR CIENTO (50%).

Se considerarán servicios esenciales en sentido estricto, las actividades siguientes:

- a. Los servicios sanitarios y hospitalarios, así como el transporte y distribución de medicamentos e insumos hospitalarios y los servicios farmacéuticos;
- b. La producción, transporte y distribución y comercialización de agua potable, gas y otros combustibles y energía eléctrica;
- c. Los servicios de telecomunicaciones, incluyendo internet y comunicaciones satelitales;
- d. La aeronáutica comercial y el control de tráfico aéreo y portuario; incluyendo balizamiento, dragado, amarre, estiba y remolque de buques;
- e. servicios aduaneros y migratorios, y demás vinculados al comercio exterior; y
- f. cuidado de menores y educación de niveles guardería, preescolar, primario y secundario, así como la educación especial.

Se consideran actividades de importancia trascendental las siguientes:

–comisión independiente que la propia ley preveía y que se constituyó por decreto reglamentario en el 2006– incorporando mayores supuestos, además de extensión o duración del conflicto colectivo.

Incorporó, entre las circunstancias a tener en cuenta para restringir el accionar colectivo, que el hecho de que la actividad constituyere un servicio “de utilidad pública” pudiera provocar una “crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de parte de la población” e inclusive que “pudiera afectar metas de recaudación asociadas a la política de equilibrio fiscal”. Ante semejantes supuestos quedaba prácticamente anulada la huelga, ya que las actividades comprendidas, enumeradas y/o que en el futuro se agregaran deberían cumplir con servicios del 75% como mínimo. Si fueran servicios de importancia trascendental, del 50%.

El Decreto, en su dictado, extensión y normas contenidas, manifiestamente violatorio de la Constitución, fue suspendido cautelarmente en su Título IV –Trabajo– sin tener un mes de vigencia siquiera.¹³ No conforme con ello y soslayando el fondo de lo que la Cámara de Apelaciones resolvió en ese entonces –las circunstancias excepcionales que deben llevar al dictado de un Decreto de Necesidad y Urgencia conforme lo prevé la Constitución Nacional–, el Poder Ejecutivo dictó el DNU N° 340/25,¹⁴ que no solo declaró como servicio esencial la navegación por agua marítima y/o fluvial destinada al transporte comercial (art. 2), sino que también volvió a sustituir el artículo 24 de la Ley N° 25877, con una redacción prácticamente igual al DNU N° 70/23. El Decreto en cuestión corrió una suerte

-
- a. Producción de medicamentos y/o insumos hospitalarios;
 - b. Transporte marítimo, fluvial, terrestre y subterráneo de personas y/o mercaderías a través de los distintos medios que se utilicen para tal fin;
 - c. Servicios de radio y televisión;
 - d. Actividades industriales continuas, incluyendo siderurgia y la producción de aluminio, actividad química y la actividad cementera;
 - e. Industria alimenticia en toda su cadena de valor;
 - f. La producción y distribución de materiales de la construcción, servicios de reparación de aeronaves y buques, todos los servicios portuarios y aeroportuarios, servicios logísticos, actividad minera, actividad frigorífica, correos, distribución y comercialización de alimentos y bebidas, actividad agropecuaria y su cadena de valor;
 - g. Los servicios bancarios, financieros, servicios hoteleros y gastronómicos y el comercio electrónico; y
 - h. La producción de bienes y/o servicios de toda actividad, que estuvieran afectados a compromisos de exportación.

Una comisión independiente y autónoma, denominada COMISIÓN DE GARANTÍAS, integrada según se establezca en la reglamentación, por cinco (5) miembros de reconocida solvencia técnica, profesional o académica en materia de relaciones del trabajo, del derecho laboral o de derecho constitucional y destacada trayectoria, podrá, mediante resolución fundada, calificar como servicio esencial o servicio de importancia trascendental una actividad no incluida en las enumeraciones precedentes, cuando se diere alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La extensión y duración de la interrupción de la actividad de que se tratare pudiere poner en peligro la vida, la salud o la seguridad de la persona en toda o parte de la comunidad;
- b) La actividad afectada constituyere un servicio público de importancia trascendental o de utilidad pública;
- c) La interrupción o suspensión del servicio pudiere provocar una situación de crisis nacional aguda que hiciere peligrar las condiciones normales o de existencia de parte de la población; y
- d) la interrupción o suspensión de la producción pudiere poner en peligro el adecuado abastecimiento de productos críticos para la población y/o afectar metas de recaudación asociadas a las políticas de equilibrio fiscal.

El Poder Ejecutivo Nacional dictará la reglamentación correspondiente y la Autoridad de Aplicación las normas complementarias, aclaratorias y operativas que resulten necesarias.”

13 Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ incidente - SENTENCIA 3 de enero de 2024, Sala DE FERIA. Magistrados: María Dora González (en disidencia) - José Alejandro Sudera - Andrea E. García Vior

14 DNU-2025-340-APN-PTE - Apruébase el Régimen de Excepción de la Marina Mercante Nacional. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/325658/20250521>

similar y fue rechazado por ambas Cámaras del Congreso conforme lo indica la Ley N° 26122 que regula el trámite parlamentario de control de los decretos emitidos por el Poder Ejecutivo.

Involución normativa de huelga en servicios esenciales

Tenemos ahora en vigencia la que se ha pretendido denominar Ley de Modernización Laboral, que más allá de ser una normativa retrógrada en materia de derechos no posee en su texto una sola línea que haga referencia a una actualización laboral coherente a los tiempos que corren y, mucho menos aún, que pueda consagrar un crecimiento del empleo registrado. En la misma, nuevamente, se reitera la modificación del artículo 24 de la Ley N° 25877 hasta aquí analizado, con mayores actividades comprendidas y con una intervención de la autoridad administrativa aún más restrictiva para la autotutela de los derechos por parte del movimiento obrero.

El artículo 101 de la Ley de Modernización Laboral refiere particularmente a las actividades que verán restringido el acceso a la huelga y el porcentaje de cumplimiento que las actividades deberán llevar adelante, prohibiendo virtualmente el ejercicio de medidas de acción directa. A tal efecto, enumera actividades que son caracterizadas como esenciales, otorgándoles un porcentaje de cumplimiento de servicios mínimos no menor al 75%. Las mismas son: cuidado de menores y educación de niveles desde guardería hasta secundario y educación especial; servicios sanitarios y hospitalarios, así como el transporte y distribución de medicamentos e insumos hospitalarios y los servicios farmacéuticos; la producción, transporte, distribución y comercialización de agua potable, gas, petróleo y otros combustibles y energía eléctrica; los servicios de telecomunicaciones, incluyendo internet y comunicaciones satelitales; el servicio de recolección de residuos; la aeronáutica comercial y el control del tráfico aéreo y portuario (incluyendo balizamiento, dragado, amarre, estiba, desestiba, remolque de buques y todos los servicios portuarios); el transporte de caudales y los servicios de seguridad y custodia. Son 8 las actividades que deberán cumplir con servicios mínimos (y sus relacionadas); es decir, la cantidad de trabajadores y trabajadoras que deberán cumplir tareas es aún mayor que las que podrán manifestar por sus reclamos legales ante la parte empleadora, quedando solamente un 25% habilitados a realizar la huelga.

En referencia a los servicios que enumera como de importancia trascendental que, como vimos anteriormente, quedaban a definición de la Comisión de Garantías, incorpora 9 actividades, con un cumplimiento de servicios mínimos del 50%.

Cabe aquí realizar una conceptualización respecto a lo que los organismos internacionales (particularmente la OIT) entienden por servicio mínimo. Distingue tres tipos de servicios mínimos: de seguridad, de mantenimiento y de funcionamiento. Cuando nos referimos a los primeros, se entiende por prestaciones que se destinan a garantizar la integridad física de las personas; “de mantenimiento” implica tareas para resguardar las instalaciones. Los servicios mínimos a los que refiere la normativa argentina son aquellos “de funcionamiento”; es decir, son los que tienden a mantener la actividad de la empresa o institución donde se produce la huelga para la satisfacción de las necesidades de la pobla-

ción. Los “mínimos” exigibles deben ser necesariamente los que tiendan a proteger los derechos que se ven afectados por la medida que haya sido tomada.

Tampoco ha de confundirse conceptualmente “servicio mínimo” con “la cantidad de trabajadores y trabajadoras” que serán necesarios para cumplimentar las tareas que sean realmente urgentes al momento del desarrollo de la huelga, lo que coloquialmente se denomina “guardias mínimas” y que no tiene asidero en nuestra legislación, aunque se haya pretendido, mediante proyectos de ley, incorporarlas de alguna manera.¹⁵

El establecimiento de servicios mínimos, una vez desarrollado el conflicto colectivo del que se trate, es materia de acuerdos colectivos entre las partes. Hasta la fecha así se ha resuelto, salvo casos sin acuerdo donde la autoridad administrativa los establecía previa intervención y asesoramiento de la Comisión de Garantías. La redacción propuesta en la Ley recorta la posibilidad de negociación, no solo porque prevé los porcentajes, sino porque en el artículo 102 establece que, si para la autoridad administrativa son insuficientes, podrá imponerlos a su criterio.

La actual redacción debe ser interpretada de esta manera, de otro modo se estaría prohibiendo virtualmente el derecho a huelga de cientos de personas trabajadoras. Conforme un informe publicado por la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM), el porcentaje de asalariados registrados con derecho a huelga restringido pasa del 7% con la ley anterior a un 43% del total con la redacción actual.

Este derecho está garantizado por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, particularmente en el párrafo segundo. Además, la última reforma constitucional, al reconocerle el carácter de superiores a los Tratados Internacionales, reforzó el derecho con la incorporación del Convenio N° 87 de la OIT, a través de los dos Pactos Internacionales mencionados precedentemente. Todo el sistema normativo internacional de derechos humanos tiene la mirada puesta en la persona trabajadora, en su dignidad y en la libertad sindical en sus dos facetas: individual y colectiva. El pleno respeto de la libertad sindical implica el pleno respeto de la organización sindical –cualquiera sea la forma que adopte y en un todo conforme con la normativa interna de cada país–, así como de la negociación colectiva y las medidas de acción que las mismas prevean en defensa de los intereses colectivos.

La huelga como medida de autotutela de derechos por parte del movimiento obrero organizado es además un sistema de equilibrio en un mercado capitalista. Logra, a través de sus diversas expresiones, transformar el conflicto en acuerdos sociales, en normas autónomas colectivas y consigue romper el orden establecido para generar derechos. Como dato histórico y empírico tenemos sobrados ejemplos en nuestro país.

15 CD- 13/24 Proyecto de ley en revisión que declara en la República Argentina como servicio estratégico esencial a la educación obligatoria. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/13.24/CD/PL>

Referencias bibliográficas

- Arese, César (2020). *Derecho de los Conflictos Colectivos del Trabajo*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni editores.
- Cremonte, Matías (2025). Si todo es esencial, nada lo es. *La Causa Laboral (103)*. Suplemento Especial “Una reforma que deforma”. Recuperado de <https://lacausalaboral.ar/si-todo-es-esencial-nada-lo-es-2/>
- García, Héctor Omar (2018). La regulación de la huelga en los servicios esenciales, compatibilización entre límites y garantías al ejercicio del derecho. *Revista de Derecho Laboral*. Rubinzal – Culzoni editores.
- Recalde, Mariano (2025). *Manual de Derecho Colectivo del Trabajo*. Buenos Aires: EDUNPAZ.
- Tribuzio, José E. (s.f.). *La Huelga en los Servicios Esenciales*. <https://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/curso-cidct-C2P2-03-4-la-huelga-DERECHO-COLECTIVO-GARCIA-MATERIAL-1.pdf>
- Una Reforma de Regresión Laboral*, Capacitación y Estudios sobre Trabajo y Desarrollo, CETYD-EIDAES- UNSAM, publicado en <https://unsam.edu.ar/cetyd/reforma-laboral.php>

Poder judicial: ¿una justicia de poder?



*Alfredo Gustavo Di Pietro**

La discusión acerca de la moral y el derecho ha generado interesantes discusiones en múltiples ámbitos académicos y judiciales. Desde los escritos de Hans Kelsen hasta las teorías de Rawls y Habermas, diversos autores han abordado el tema del derecho y la moral.

En su libro *Una cuestión de principios*, Ronald Dworkin plantea dos concepciones en torno a la administración de justicia. Por un lado, habla de una concepción “centrada en el cumplimiento del reglamento”, según la cual,

el poder del estado nunca debe ser ejercido en contra de los ciudadanos, salvo cuando en un reglamento público se indique lo contrario. Tanto el gobierno como los ciudadanos comunes deben ceñirse a esa normativa pública hasta tanto sea modificada, observando las disposiciones del código (Dworkin, 2012).

Por otra parte, hay una “concepción centrada en los derechos”, más compleja que la anterior. La define como una concepción más ambiciosa, pues supone que cada ciudadano tiene derechos y deberes morales para con los demás. Añade:

* Universidad Nacional de José C. Paz.

según esta perspectiva, esos derechos morales y políticos deben estar reconocidos en el derecho positivo de modo tal que se los haga cumplir cuando así lo requieran los ciudadanos a través de los tribunales u otras instituciones judiciales similares en la medida de lo posible.

En otra obra, *La justicia con toga*, Dworkin (2007) analiza distintas teorías del derecho contemporáneas, y esboza la idea de un concepto interpretativo del derecho en oposición al denominado concepto criteriológico característico del positivismo jurídico. Para Dworkin, el derecho no es un mero sistema de reglas, sino una estructura compleja que integra principios y la moralidad política.

En ese modo de pensar, el derecho debe entenderse desde la actividad de los jueces en los tribunales, y no solo desde la academia. Allí sostiene que la vinculación entre el derecho y la moral resulta intrínseca e inseparable de la identificación y aplicación del derecho, especialmente en los casos complejos.

Nuestra principal pregunta es acerca del concepto doctrinal del derecho. Nos preguntamos sin las consideraciones morales integran las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, y de ser así, como es que se presentan. Lo primero que tenemos que hacer es reparar en las diferentes maneras en que podrían hacerlo (Dworkin, 2007).

En esencia del pensamiento de Dworkin, contiene una crítica del positivismo, al que considera insuficiente para resolver los casos complejos que presenta la realidad. Cuestiona la separación tajante entre derecho y moral que propone Hart y formula la idea de un juez “Hércules” como un ideal que representa la coherencia, la integridad de un juez omnisciente.

Hart defiende la idea positivista, que describe de diferentes maneras, ya como un derecho escindido de la moral, ya como un sistema lógico y cerrado, ya como un derecho imperativo. Quizá la mejor forma de presentar su teoría podría ser la de repetir las preguntas que él mismo se formula:

¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas?
¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? y ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas? (Hart, 1998)

En el planteo de Hart, la condición esencial para la existencia de un poder coactivo es la cooperación con el sistema y la aceptación de sus reglas, pero, al mismo tiempo, no es cierto que quienes aceptan voluntariamente incorporarse al sistema tengan que concebirse a sí mismos como moralmente obligados a hacerlo: “En verdad no hay razón por la cual quienes aceptan la autoridad del sistema deberían no examinar su conciencia y decidir que, moralmente, no deberían aceptarla; sin embargo, por una variedad de razones, continúan haciéndolo”.

Y en otro texto de su obra añade:

El concepto de órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que generalmente es obedecido, que hemos construido mediante adiciones sucesivas a la situación simple del caso del asaltante, se aproxima obviamente más a una ley penal sancionada por la legislatura de un estado moderno, que a cualquier otra variedad de derecho. Porque hay tipos de normas jurídicas que parecen prima facie muy diferentes de tales leyes penales, y más adelante tendremos que ocuparnos de la pretensión de que también estas otras variedades de derecho, a pesar de las apariencias en contrario, sólo son en realidad versiones complicadas o encubiertas de aquella misma forma (Hart, 1998).

Dworkin critica este modo de ver las cosas, el lenguaje y los conceptos jurídicos. Sostiene que se equivoca Hart cuando pretende reducir todo a una suerte de fórmula matemática, pues en su opinión, hay una distinción fundamental entre dos formas de entender el lenguaje y los conceptos jurídicos. El derecho no se puede reducir a una mera fórmula matemática o una “regla de reconocimiento” que ignora los principios y, por lo tanto, no puede explicar los profundos desacuerdos sobre lo que es la justicia.

Para Dworkin, cada juez escribe un capítulo nuevo de una obra literaria en la que busca coherencia con los antecedentes, adaptándolo al presente. Dworkin sostiene que la propuesta de Hart es “muy pobre” para el campo semántico tan complejo del derecho actual, donde la Constitución exige una visión más amplia que la simple regla fría y calculadora.

Evidentemente, el derecho no puede reducirse a la mera norma, y tampoco puede escindirse de la labor judicial. La postura de Hart aparece como extremadamente abstracta frente a la postura más realista de Dworkin.

Llegados a este punto debemos preguntarnos si los jueces son filósofos o gobernantes que ejercen el poder y gobiernan el estado. Es allí en donde Dworkin presenta una dualidad entre el ideal y la realidad: aunque los jueces no tengan una formación filosófica propiamente dicha, ni la ciencia jurídica adopte un método exclusivamente filosófico, como dice Dworkin, el derecho está “penetrado hasta los huesos de teoría”. Es inevitable que se enfrenten cuestiones filosóficas; la alternativa no es evitar la teoría, sino usarla de forma subyacente o disimulada. Así, la interpretación constitucional debe buscar la integridad, la cual puede incluso requerir conclusiones que contradigan la interpretación literal del texto si la justicia o la democracia lo exigen. Y el juez, en la administración de justicia, puede pasar por encima de la fidelidad textual en circunstancias extremas. No se trata solo de ser fieles a la aplicación concreta de las palabras sino de entender más allá de lo que las palabras dicen (Agudelo, 2011).

Hacia un ideal de justicia democrática. El pensamiento de Habermas

El pensamiento de Jürgen Habermas esclarece suficientemente la cuestión. Su teoría de la legitimidad es independiente de la moralidad. Para justificar esta afirmación recurre a argumentos inmanentes sustentados en el desarrollo histórico de la sociedad moderna. Sin embargo, la incorporación del principio de discurso puede leerse en el sentido de que la legitimidad no está liberada de la moralidad propia de la tradición kantiana.

En su teoría política, Jürgen Habermas intenta romper las relaciones con una reconstrucción moral de la legitimidad. Es por ello por lo que elabora argumentos histórico-inmanentes de los fundamentos de tal concepto. Este método de trabajo implica que los componentes que sostienen la noción de legitimidad surgen del análisis de instituciones y prácticas de las sociedades modernas y no de principios normativo-filosóficos.

Habermas indica que el vínculo de los principios de la democracia y la autonomía individual y colectiva se relacionan en la dimensión histórica como un proceso de autoaprendizaje. Esto hace que el acto fundacional de la comunidad política se convierta en un proceso de construcción democrática que cruza varias generaciones. En este contexto histórico de la democracia, tanto los fundadores de la constitución como las generaciones presentes comparten un proyecto de autodeterminación.

A su vez, Habermas distingue dos dimensiones de este proceso. La primera es el pasado, donde las generaciones del presente continúan el proyecto de interpretar el contenido normativo de la constitución en la cual se comprometieron las generaciones fundadoras. Así, todos los ciudadanos deben reconocer un componente en la constitución que es el mismo a lo largo de la historia. Esta idea está en el centro de las tradiciones comunitarias y republicanas. Sin embargo, en ellas no se incluye el componente normativo que Habermas incorpora, esto es, el principio de discurso. La segunda es el futuro, y supone un paso desde la tradición constitucional a la práctica democrática como una promesa de reconciliación. Ciertamente, los ciudadanos todavía se ven a sí mismos como herederos de los fundadores, y con la responsabilidad de continuar dicho proyecto político. Y a su vez conciben la democracia como un proyecto orientado al intercambio libre de argumentos.

Como señala Bjarne Melkevik,

Habermas se apoya en tres tesis fundamentales para la construcción moderna del derecho, que comparte con Kant. En primer lugar, la tesis de la afirmación de la auto legislación conjugado con el concepto de soberanía popular. Este proceso de auto legislación no se puede realizar sino de manera democrática. De esta forma, los individuos resultan autores y destinatarios del derecho, y el derecho reposa en el consenso popular (Melkevik, 2012).

Esta tesis supone que los individuos son autónomos, individual y políticamente. No es distinto de lo que dice Kant, en cuanto a “la libertad legal de no obedecer a ninguna otra ley que aquella a la cual el ciudadano ha dado su consentimiento” (Melkevik, 2012).

A partir de esa idea, puede construirse una autonomía política del derecho. Habermas remarca que la autonomía política del derecho se inscribe en la perspectiva de un destinatario, en detrimento de la perspectiva del autor.

Así, Habermas propone una teoría democrática del derecho, en donde la modernidad del derecho no puede hoy día ser explicada y defendida sino en la medida en que es una construcción democrática.

¿Cómo deben afrontarse entonces realidades como las situaciones de vulnerabilidad, y de exclusión que afectan a tantos individuos? Esta pregunta puede concretarse en tres planos: el de la progresión hacia la autonomía, el de la tentación de ponderar autonomía versus seguridad, y el de la debilidad de la voluntad. La progresión hacia la autonomía acompaña al individuo a cada paso (Melkevik, 2024). La vulnerabilidad se erige, así, en una de las causas más importantes para el desarrollo de políticas legislativas y para la actividad judicial, no tanto por cuestiones meramente teóricas, sino por la dimensión moral que implica la cuestión a la luz de los valores democráticos.

Y, aquí, se presenta probablemente el gran desafío en el desarrollo y desenvolvimiento del poder judicial del Estado. ¿Es la labor del juez una labor de poder? Y en tal caso, ¿constituye la labor del juez el ejercicio de un poder democrático?

Tales preguntas requerirían una respuesta extensa, pero el solo hecho de formularlas nos enfrenta a los dilemas que ya fueron analizados por Habermas y que constituyen el eje de toda su teoría. Evidentemente en nuestros países latinoamericanos, el poder judicial de los Estados se ha ido adaptando a la modalidad de ejercicio del poder, que en muchos casos no ha quedado exenta de interrupciones de los períodos democráticos, con las consiguientes consecuencias que ello conlleva.

Así es que surge la pregunta por la legitimidad de las decisiones judiciales. No podemos dejar de lado que la justicia es una virtud moral, y que el objeto de la justicia es el derecho, no ya entendido desde la postura reduccionista que pretende circunscribirlo a la ley positiva, como hemos visto en los textos de Hart, sino desde una perspectiva que comprenda la totalidad de lo humano.

Si bien Habermas desarrolla un método de análisis de instituciones y prácticas de la sociedad moderna, por otra parte, contempla un elemento normativo que resulta independiente, y que trasciende las prácticas históricas y las instituciones políticas. Tal elemento no es otro que el de la deliberación racional, contenida en el discurso. Así, el principio de autonomía adquiere una vocación universal, como resultado de procesos de racionalización y de modernización.

La ética discursiva es la que sirve de fundamento tanto al orden normativo como a su implementación e interpretación. El discurso judicial se presenta entonces no como una simple expresión de poder, sino como una manifestación democrática del deber ser, en donde reglas, principios y valores se traducen en decisiones equitativas, en donde la dimensión social de la libertad solo se puede

entender en una sociedad integrada por sujetos libres e iguales, y en donde todos los ciudadanos pueden entenderse a sí mismos como los realizadores de las leyes, de la realidad política, y, en última instancia, de la justicia.

Como afirma Melkevik,

el individuo es vulnerable, poéticamente, como una planta, para la cual las condiciones interiores y exteriores en sus diversas combinaciones deben servir para engrandecerla, nutrirla, hacerla madurar o permitirle asomar a una ventana para permitirle brillar ante el sol, para su provecho, y para el de los demás (Melkevik, 2024).

Referencias bibliográficas

- Agudelo, Carlos Alberto (2011). La justicia con toga de Ronald Dworkin. ¿Los jueces son filósofos o son intérpretes moderados? *Revista de Investigaciones* n° 7.
- Dworkin, Ronald (1980). *La Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, Ronald (2007). *La justicia con toga*. Barcelona: Marcial Pons.
- Dworkin, Ronald (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Hart, Herbert (1998). *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.). Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Melkevik, Bjarne (2012). *Habermas: Legalité et Legitimité*. Presses de l'université de Laval. Canadá.
- Melkevik, Bjarne (2024). *Vulnerabilité, Raison et Droit*. París: Buenos Book International.

“Ley de glaciares”, inversiones mineras y federalismo



*Juan José Carbajales**

Introducción¹

Un grupo de personas desciende por la ladera de un cerro, visten de negro y se las nota afligidas. Asisten al funeral de Pizol, en Suiza. Pizol fue un glaciar que “vivió” 700 años y desapareció en 2019. Esta ceremonia, simbólica pero alarmante, podría repetirse entre 2.000 y 4.000 veces por año, dependiendo del calentamiento del planeta. La desaparición acelerada de las masas de hielo continentales se ha convertido, así, en uno de los signos más visibles de la crisis climática y plantea un problema de escala planetaria.

Sin embargo, la crisis climática también trae consigo una creciente demanda de minerales esenciales para la transición energética, por lo que la tensión entre la protección de estos cuerpos de hielo y el desarrollo de actividades extractivas se ubica hoy en el centro de los debates sobre desarrollo sostenible en nuestro país.

Argentina, junto con Chile, posee algunas de las reservas de agua dulce en estado sólido más importantes del planeta fuera de las zonas polares y, al mismo tiempo, grandes recursos minerales en la misma cordillera. En ese marco, y en el año internacional de la conservación de los glaciares declarado por las Naciones Unidas, el Poder Ejecutivo Nacional envió al Senado un Proyecto de Ley (PEN, 2026)

* El autor es abogado, politólogo y doctor en Derecho (UBA); dirige el Instituto de Gas y Petróleo de la UBA; y es docente de la carrera de Abogacía y la Maestría en Derecho Administrativo de la UNPAZ.

¹ Este trabajo utiliza como base informativa parte de las investigaciones sobre el tema de la consultora Paspartú, con la colaboración del Mag. Nicolás Roque Caputo.

destinado a modificar la Ley 26639 de 2010, que establece el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (“Ley de Glaciares”).

La Ley de Glaciares es el resultado de un intenso proceso de debate jurídico y político, que se inició con el veto total a la primera ley de glaciares (Ley 26418) en 2008; y tuvo uno de sus hitos centrales en el fallo “Barrick” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en 2019. A más de una década de la sanción de la ley vigente, la actual iniciativa de reforma abre un nuevo capítulo en esta discusión y vuelve a poner en evidencia las tensiones estructurales entre protección ambiental y desarrollo económico.

Esta propuesta no puede leerse como una simple reforma, sino como una modificación relevante en un régimen que articula la protección de recursos hídricos estratégicos, el federalismo y los límites a las actividades extractivas.

En ese sentido, a continuación, se analizará el proyecto enviado al Congreso, con el objeto de estudiar el alcance de los cambios propuestos y la relevancia de los distintos argumentos exhibidos en el debate.

Concepto de criósfera, glaciar y ambiente periglacial

Para proceder con el análisis de la propuesta de modificación de la Ley de Glaciares es conveniente comenzar por algunos de los conceptos técnicos subyacentes al debate, tales como criósfera, glaciar, ambiente periglacial y *permafrost*, entre otros.

La **criósfera** es el término científico que agrupa a todas aquellas regiones de la Tierra y los océanos donde el agua se encuentra en estado sólido. Aunque a menudo imaginamos glaciares de hielo blanco y puro, el mundo de la criósfera es mucho más diverso e incluye formaciones donde el hielo y la roca se fusionan (Atlas de Glaciares, 2019).

En nuestra región, la Cordillera de los Andes alberga una parte crucial de la criósfera mundial, con un total de 31.693 km² cubiertos por glaciares. En este contexto, Argentina alberga el 18% de esa superficie, ocupando el segundo lugar a nivel regional, solo después de Chile, que posee el 74% del área total. Esta posición privilegiada subraya la enorme relevancia de nuestros glaciares como recurso estratégico nacional.

Un glaciar es un cuerpo de hielo perenne, formado en la superficie terrestre por la acumulación, compactación y recristalización de la nieve, que muestra señales de movimiento por acción de la gravedad. Para que un glaciar pueda existir se requieren condiciones climáticas y topográficas muy específicas. Principalmente, son necesarias bajas temperaturas y nevadas suficientes para que la nieve acumulada durante el invierno no se derrita por completo en el verano. Las laderas sombrías o protegidas de la radiación solar suelen ser lugares propicios para su formación.

Una vez que el hielo alcanza un espesor de aproximadamente 30 a 50 metros, la presión ejercida por su propio peso es tan grande que la masa comienza a deformarse y a fluir lentamente, como un río de

movimiento casi imperceptible, pendiente abajo. En este momento, el cuerpo de hielo se ha convertido en un glaciar.

El ambiente periglacial es una zona de clima frío que se encuentra en la alta montaña, generalmente por encima del límite de crecimiento de los bosques. Aunque no está permanentemente cubierto de hielo como el ambiente glaciar, está dominado por ciclos de congelamiento y descongelamiento que modelan el paisaje de formas únicas. Este ambiente se caracteriza por tres procesos dominantes: la presencia de suelo congelado permanente (*permafrost*), los ciclos de congelamiento y descongelamiento que fracturan la roca, y el lento movimiento del suelo pendiente abajo (Atlas de Glaciares, 2019).

Una característica fundamental de este ambiente es el *permafrost*, que se define como cualquier porción de suelo o roca que permanece a una temperatura de 0 °C o menos durante al menos dos años consecutivos.

Una de las geoformas más características del ambiente periglacial es el glaciar de escombros (o *rock glacier/permafrost* en la terminología internacional). A simple vista parecen coladas de rocas, pero en su interior se estima que entre un 40% y un 60% de su volumen es hielo, lo que los convierte en verdaderas reservas hídricas ocultas. Pueden tener un origen criogénico (a partir del aporte de hielo y detritos de las laderas) o glaciogénico (formados a partir de un glaciar preexistente cubierto de rocas).

Ley de Presupuestos Mínimos de Glaciares e Inventario Nacional

La Ley 26639 es una norma de Presupuestos Mínimos (cf. art. 41 de la Constitución Nacional), lo que implica que establece un piso inderogable de tutela que ninguna provincia puede alterar o disminuir, aunque sí pueden hacerlo más riguroso. Su sanción fue un hito en el derecho ambiental, siendo la primera ley específica de protección de glaciares en nuestra región.

El objetivo de esta ley es proteger los glaciares y el ambiente periglacial como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano, la agricultura y la recarga de cuencas hidrográficas. Además, la norma declara que los glaciares deben ser preservados también para proteger la biodiversidad, servir como fuente de información científica y actuar como atractivo turístico; al tiempo que establece que son “bienes de dominio público”, en los términos del artículo 235, inciso c), del Código Civil y Comercial de la Nación.

La ley crea el Inventario Nacional de Glaciares (ING), cuya responsabilidad recae en el Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA), y que debe actualizarse cada cinco años para monitorear el estado de conservación y los cambios en la superficie de estas masas de hielo. En el ING se individualizan todos los glaciares y geoformas periglaciales que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional, con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo (art. 3). Asimismo, el ING debe contener la información de los glaciares y del ambiente periglacial por cuenca hidrográfica, ubicación, superficie y clasificación morfológica de los glaciares y del ambiente periglacial (art. 4).

El Decreto 207/2011, que reglamenta la Ley 26639, establece que el ING es la herramienta fundamental para el estudio de la dinámica, hidrología y relación con el ambiente de estos cuerpos de hielo, lo que sienta las bases para su monitoreo sistemático a lo largo de la Cordillera de los Andes.

Entre los objetivos específicos del inventario, la reglamentación destaca la implementación de metodologías eficientes de mapeo, el desarrollo de recursos humanos especializados y la creación de una base de datos *on line* bajo una política de datos abiertos y de libre acceso para el público y la comunidad científica. También busca establecer un sistema integrado que permita determinar los factores climáticos que afectan la evolución de las reservas de agua y evaluar los posibles impactos que la pérdida de masas de hielo podría tener sobre las actividades humanas y el manejo hídrico.

Para su ejecución técnica, el inventario se organiza geográficamente en cinco grandes regiones: Andes Desérticos, Andes Centrales, Andes del Norte de la Patagonia, Andes del Sur de la Patagonia, y Tierra del Fuego e Islas del Atlántico Sur. La estrategia de observación es jerárquica y se divide en tres niveles escalonados: el Nivel 1 se centra en la identificación y caracterización de las geoformas; el Nivel 2 analiza las fluctuaciones recientes de cuerpos seleccionados; y el Nivel 3 realiza estudios profundos y detallados en sitios específicos de las distintas regiones del país.

El ING es de acceso público, y su estado actualizado, junto con la documentación y los mapas correspondientes, puede consultarse a través del sitio oficial,² que incluye además un visualizador cartográfico interactivo. Esta herramienta permite superponer las capas de glaciares con información sobre actividades humanas –como minería o infraestructura– y con áreas naturales protegidas, lo que facilita el análisis territorial y ambiental.

El primer inventario fue publicado mediante la Resolución MAyDS 358/2018 del entonces Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Y en cuanto a los hitos recientes, en diciembre de 2024 la Resolución 142/2024 de la Vicejefatura de Gabinete del Interior aprobó la primera tanda de la actualización del Inventario (Andes Desérticos).

El ING identifica un total de 16.968 cuerpos de hielo, que cubren una superficie aproximada de 8.484 km². De ese total, 5.769 km² se localizan en la Cordillera de los Andes. Las cuencas hídricas que reciben aportes glaciares abastecen a una población estimada de alrededor de siete millones de personas, lo que representa aproximadamente el 18% de la población del país, lo que da cuenta de la relevancia estratégica de estos cuerpos de hielo para la seguridad hídrica. El Inventario muestra que cerca del 80% de los glaciares andinos se encuentran dentro de áreas naturales protegidas.

Provincias como Santa Cruz y Tierra del Fuego concentran la mayor superficie glaciar total, mientras que Mendoza y San Juan se destacan por la elevada presencia de glaciares de escombros, fundamentales en regiones áridas. En términos regionales, la mayor superficie de hielo se concentra en el sur del país, principalmente en los Andes del Sur de la Patagonia y en los Andes de Tierra

² Disponible en Inventario Nacional de Glaciares.

del Fuego, mientras que las regiones del centro y norte presentan superficies menores, pero con alta importancia hídrica relativa.

Finalmente, el ING distingue distintos tipos de cuerpos de hielo –glaciares descubiertos, glaciares de escombros, glaciares cubiertos y manchones de nieve–, y subraya que la protección legal alcanza tanto a los glaciares visibles como a aquellos ocultos o periglaciales, cuya función hídrica resulta clave en amplias zonas del país.

Tabla 1. Inventario Nacional de Glaciares (síntesis).

Cantidad total de cuerpos de hielo	16.968
Superficie total cubierta	8.484 km ²
Superficie glaciar en los Andes	5.769 km ²
Población en cuencas glaciares	~7 millones de personas (18% del país)
Regiones con mayor superficie	Andes del Sur de la Patagonia (3.421 km ²) y Andes de Tierra del Fuego (2.736 km ²)
Provincias con mayor superficie	Santa Cruz y Tierra del Fuego
Pcias. con mayores glaciares de escombros	San Juan y Mendoza
Tipología predominante	Glaciares descubiertos (6.920 km ²)
Glaciares de escombros (activos)	676 km ²
Glaciares cubiertos y manchones de nieve	610 km ²
Glaciares en áreas protegidas	~80%

Fuente: elaboración propia.

La configuración y estatus jurídicos del ING ha sido objeto de debate: ¿es constitutivo de derechos (solo se protege lo que está en la lista), o bien declarativo (se protege todo lo que cumpla la definición, esté o no inventariado)? Una interpretación plausible indica que el inventario es declarativo. El bien jurídico está protegido por su caracterización, y el inventario es una herramienta de gestión para identificarlo. Sin embargo, en la práctica, resulta fundamental para la seguridad jurídica que el cuerpo de hielo sea identificado en el ING.

El aspecto más importante de la ley se encuentra en su artículo 6°, que establece una serie de actividades prohibidas en los glaciares. Entre las prohibiciones, se destacan la liberación de sustancias contaminantes, la construcción de obras de infraestructura (salvo para investigación o prevención de

riesgos), la exploración y explotación minera e hidrocarburífera, y la instalación de industrias. Cualquier otra actividad permitida queda sujeta a un procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), con participación ciudadana obligatoria. La ley establece que la prohibición hidrocarburífera y minera se extiende también al ambiente periglacial.

El artículo 15 de la ley establece que las actividades descritas en el citado artículo 6º, en ejecución al momento de la sanción de la ley, deberán, en un plazo máximo de 180 días de promulgada, someterse a una auditoría ambiental en la que se identifiquen y cuantifiquen los impactos ambientales potenciales y generados. En caso de verificarse impacto significativo sobre glaciares o ambiente periglacial, contemplado en el artículo 2º, las autoridades dispondrán las medidas pertinentes para que se cumpla la ley (en debate), pudiendo ordenar el cese o traslado de la actividad y las medidas de protección, limpieza y restauración que correspondan.

En cuanto a la Autoridad de Aplicación, la ley designa como autoridades competentes a aquellas que determine cada jurisdicción provincial, o a la Administración de Parques Nacionales en su caso. El organismo u órgano nacional de mayor nivel ambiental actúa como autoridad de aplicación, en coordinación con el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA).

El régimen de sanciones de la Ley de Glaciares establece que las penalidades por incumplimiento son fijadas por cada jurisdicción en ejercicio de su poder de policía, con la condición de que estas no sean inferiores a los mínimos previstos en la norma nacional de PM. Para aquellas jurisdicciones que no posean un régimen propio, se aplican de forma supletoria sanciones que incluyen desde el apercibimiento y el cese definitivo de la actividad, hasta suspensiones temporales de entre treinta días y un año, además de multas que oscilan entre los 100 y 100.000 sueldos básicos de la categoría inicial de la Administración Pública Nacional. La aplicación de estas medidas requiere obligatoriamente la sustanciación de un sumario previo que garantice el debido proceso legal en la jurisdicción donde se cometió la falta.

En caso de reincidencia dentro de un periodo de cinco años por infracciones ambientales previas, la normativa permite triplicar los montos mínimos y máximos de las multas y suspensiones previstas. Asimismo, la ley establece la responsabilidad solidaria para los directores, administradores o gerentes cuando el infractor sea una persona jurídica. Los fondos recaudados por estas multas deben destinarse prioritariamente a la protección y restauración ambiental de los glaciares afectados en la jurisdicción correspondiente.

Según la reglamentación de la ley, este sistema sancionatorio se considera autosuficiente y operativo por sí mismo, no requiriendo de complementación adicional para su aplicación efectiva.

Legislaciones provinciales

Más allá de la Ley Nacional de Presupuestos Mínimos, las provincias han desarrollado sus propias leyes sobre protección de glaciares, o bien han incluido dichas salvaguardias dentro de normas am-

bientales generales. El análisis de las normas revela diferentes alcances, desde la protección reforzada hasta contradicciones con el régimen nacional. A continuación, una síntesis de los aspectos principales de las normas locales (agrupadas por región):

Región NOA

El NOA presenta un escenario complejo, donde la protección de glaciares compite con el auge de la minería del litio y los proyectos metalíferos de altura.

Jujuy

Esta provincia norteña sancionó la Ley 6218³ en diciembre de 2020, titulada “Protección de los glaciares y del ambiente periglacial y su preservación como reservas estratégicas de recursos hídricos”. La norma reproduce en gran medida las definiciones de la ley nacional PM y declara a los glaciares como “bienes de carácter público”. Un aspecto distintivo es el reconocimiento explícito del ING elaborado por el IANIGLA como “herramienta técnicamente válida”, lo que evita la duplicidad de esfuerzos y conflictos técnicos que se observaron en otras jurisdicciones –como San Juan–.

No obstante, la ley jujeña establece que la Autoridad de Aplicación (el Ministerio de Ambiente) dispone de un plazo para la “confección definitiva” del Inventario Provincial, en tanto instancia de validación local.

Salta

Esta provincia adoptó una estrategia legislativa más agresiva en términos de autonomía provincial con la sanción de la Ley 7625⁴ en agosto de 2010. El aspecto más crítico de la norma salteña reside en que, al definir el objeto de protección, establece que se protegen los glaciares “que se incorporen en el Inventario Provincial”, con el fin de preservar sus funciones como reservas estratégicas (art. 1°).

En cuanto al ambiente periglacial, la protección se extiende a los glaciares de escombros activos, pero “en la medida en que dichos cuerpos cumplan uno o más de los servicios” ambientales (art. 2°). Esto difiere del principio precautorio de la ley nacional PM, que tiende a proteger la geoforma por su naturaleza intrínseca. En la práctica, esto permitiría que los EIA presentados por las empresas argumenten que ciertos cuerpos de hielo (especialmente los inactivos o aislados) no cumplen funciones hídricas significativas y, por ende, no estén sujetos a la prohibición absoluta.

3 Disponible en BOLETÍN OFICIAL N° 2 ANEXO - 06/01/21 - Dirección Provincial de Boletín Oficial e Imprenta del Estado.

4 Disponible en Boletín Oficial de la Provincia de Salta.

La ley crea un Inventario Provincial propio a cargo de la Secretaría de Recursos Hídricos, y faculta al Poder Ejecutivo a firmar convenios con organismos técnicos, pero mantiene el control político de la información dentro de la provincia.

Catamarca

Esta provincia cordillerana presenta una situación particular, puesto que si bien existen antecedentes de proyectos legislativos (como el texto de media sanción de 2010), no posee una norma de protección de glaciares. La provincia adoptó históricamente un perfil que favorece la minería.

En ausencia de una ley provincial, rige plenamente la Ley Nacional de Glaciares. Sin embargo, la tensión se manifiesta a la hora de aprobar las Evaluaciones de Impacto Ambiental.

Catamarca alberga proyectos de gran envergadura –tales como MARA (Agua Rica)– donde la discusión sobre la afectación de glaciares de escombros y el ambiente periglacial es central en los Informes de Impacto Ambiental. La estrategia provincial ha sido avanzar con la aprobación de proyectos, bajo el sustento de estudios técnicos puntuales que buscan delimitar con precisión el área de afectación para no colisionar con los polígonos del IANIGLA, o discutir la “actividad” de los glaciares de escombros involucrados.

Región Cuyo

Esta región es el escenario donde la discusión por la interpretación de la Ley de Glaciares ha sido más intensa.

San Juan

Esta provincia, históricamente sede de grandes proyectos productivos (como Veladero y Pascua Lama), lideró la resistencia política y judicial contra la Ley de Glaciares. La jurisdicción sancionó la Ley 8144 (actualmente consolidada como Ley 1076-L)⁵, con el objetivo explícito de proteger los glaciares, pero bajo términos que aseguren la continuidad de la minería.

La ley sanjuanina enfatiza la protección de los glaciares incorporados en el “Inventario Provincial”. Durante años, San Juan sostuvo una disputa técnica sobre la definición de “ambiente periglacial”. Mientras la Ley Nacional PM adopta un criterio amplio, la provincia aboga por proteger solo aquellos ambientes con hielo que tuvieran una importancia hídrica demostrable.

⁵ Disponible en LEY N° 1076-L.

La reciente adhesión al RIGI y el impulso a proyectos de cobre (como Josemaría y Los Azules) han convertido a las autoridades sanjuaninas como uno de los principales promotores de la reforma de la Ley de Glaciares.

Mendoza

Esta provincia cuyana posee un plexo normativo ambiental muy desarrollado, encabezado por la Ley 5961 de “Preservación del Ambiente” y la Ley 7722 que prohíbe el uso de sustancias tóxicas en la minería. No obstante, Mendoza no posee una norma especial en materia de glaciares, ausencia que es mitigada a partir de la sanción de la Ley 5978 “General sobre Recursos Naturales”.

Ante la necesidad de reactivar la minería en el sur provincial (Malargüe Distrito Minero Occidental), y frente a las objeciones del IANIGLA sobre la presencia de glaciares, el gobierno de Mendoza ha impulsado medidas administrativas con el fin de establecer un protocolo para determinar el impacto de la minería en los glaciares y el ambiente periglacial.

La Rioja

En esta provincia se sancionó la Ley 8773⁶ en julio de 2010, la cual establece la protección de glaciares y crea el “Inventario Provincial”. La ley riojana es muy detallista en cuanto a los requisitos de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) para actividades en zonas glaciares. Exige capítulos específicos sobre hidrología, geología y clima, al tiempo que establece que cualquier estudio que no cumpla con estos contenidos mínimos debe ser rechazado *in limine* (sin tratamiento). Además, crea una “Comisión de Control y Seguimiento” integrada por legisladores, lo que politiza el poder de policía y agrega una capa de supervisión sobre la autoridad administrativa (Secretaría de Ambiente).

Región Patagónica

En la Patagonia la dinámica es diferente a la previamente analizada, en tanto la minería metalífera enfrenta fuertes resistencias sociales (caso de Chubut) o convive con una legislación que prioriza los recursos hídricos y turísticos (caso de Santa Cruz y Tierra del Fuego).

Río Negro

Esta provincia sancionó la Ley Q 4736⁷, mediante la cual adhiere “en todos sus términos” a la Ley Nacional PM 26639. Esto simplifica la aplicación de la norma y evita conflictos de competencia.

⁶ Disponible en Glaciares-Provincial-Ley-8773-1.pdf.

⁷ Disponible en Ley N° 4736.

Chubut

Esta unidad subnacional no cuenta con una ley de glaciares “autónoma” con mecanismos complejos de inventario, dado que su marco general es ya restrictivo. La provincia adhirió a la normativa nacional y posee la Ley XVII 68 (ex Ley 5001)⁸ que prohíbe la minería metalífera a cielo abierto y el uso de cianuro.

Recientemente, Chubut adhirió al RIGI nacional, pero excluyó explícitamente las actividades mineras prohibidas por la ley provincial, lo que blinda su esquema de protección ambiental, al tiempo que incluye implícitamente la intangibilidad de las cabeceras de cuenca glaciares.

Santa Cruz

Esta provincia sancionó la Ley 3123⁹ en mayo de 2010, lo que la convirtió en una de las primeras jurisdicciones subnacionales en legislar específicamente sobre la materia. La ley santacruceña protege glaciares descubiertos, cubiertos y de escombros. Un punto destacado es que faculta al Poder Ejecutivo a suscribir convenios directos con el IANIGLA para la realización del inventario, lo que muestra una voluntad de cooperación técnica con el sistema científico nacional que contrasta con el recelo de las provincias del NOA.

Asimismo, la ley de “Interés Especial Minero” de Santa Cruz constituye un polígono que excluye ejidos urbanos, la costa de los lagos, sitios declarados como “patrimonio cultural” y otras áreas de preservación o bajo el nivel del mar.

Dado que Santa Cruz alberga el Campo de Hielo Patagónico Sur, la protección de estas masas tiene un valor geopolítico y turístico (ej.: Parque Nacional Los Glaciares) que supera al interés minero en esas zonas específicas, aunque la minería es muy activa en el Macizo del Deseado (lejos de los glaciares andinos).

Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

La provincia austral aborda la cuestión glaciar desde una perspectiva de adaptación climática. La Ley 1470¹⁰ de “Gestión Integral del Cambio Climático” se enfoca en la gestión de estos ecosistemas como activos ambientales críticos para la isla, por lo que prohíbe actividades que comprometan su integridad en el marco de una estrategia de desarrollo sostenible y turismo de naturaleza.

Como puede apreciarse de este análisis particular, la legislación provincial revela cierta heterogeneidad en la aplicación del estándar de Presupuestos Mínimos de la Ley de Glaciares. Mientras

8 Disponible en sistemas.chubut.gov.ar/digesto/sistema/consulta.php?idile1=1966.

9 Disponible en [12-LEY-3123.pdf](https://www.legislativa.gub.ar/leyes/3123.pdf).

10 Disponible en <https://www.legislativa.gub.ar/leyes/1470.pdf>.

que en la Patagonia se observa una tendencia hacia la armonización con la norma nacional, en las regiones del NOA y Cuyo predominan estrategias legislativas y administrativas de adaptación, que buscan conciliar la protección ambiental con el desarrollo de la minería, a menudo mediante definiciones más restrictivas del objeto a proteger o a través de la instrumentalización de los inventarios locales.

Esta fragmentación normativa evidencia la tensión entre: (a) la competencia federal para fijar pisos básicos (PM) de protección ambiental, y (b) el “dominio originario” provincial sobre los recursos naturales ubicados en sus territorios. Paralelamente, la necesidad de dotar de certeza jurídica a las inversiones ha reactivado la discusión sobre la modificación de la Ley de Glaciares.

A continuación, se analizan los cambios propuestos por el PEN en su Proyecto de Ley, a partir del examen de los distintos argumentos que esgrimen los principales actores involucrados.

Antecedente judicial: la CSJN y el caso “Barrick” de 2019

La disonancia descrita entre el texto vigente y la propuesta de reforma explicita la tensión clásica entre desarrollo y ambiente, la cual fue abordada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Barrick” de 2019.¹¹

Al igual que en lo resuelto acerca de la legislación sobre el uso del agua –donde afirmó que su regulación jurídica se basa ahora en un paradigma eco-céntrico o sistémico (CSJN, *in re* “Río Ayuí”)– en esta causa la CSJN rechazó las demandas que pretendían la nulidad y declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Glaciares.

En su decisión, de fecha 4/6/19, la Corte rechazó la demanda planteada por las empresas mineras Barrick Exploraciones Argentinas SA y Exploraciones Mineras Argentinas SA, concesionarias del emprendimiento binacional “Pascua Lama”; y por la provincia de San Juan. Idéntica solución se adoptó respecto a la demanda iniciada por la empresa Minera Argentina Gold SA, concesionaria del emprendimiento “Veladero”.

La mayoría compuesta por los ministros Maqueda, Lorenzetti y Rosatti consideró que dichas compañías no habían demostrado que el sistema de preservación de los glaciares establecido por el Congreso Nacional les generase algún tipo de daño en su derecho de explotación minera. Los jueces Rosenkrantz (por su voto) y Highton de Nolasco (también por su propio voto) ampliaron las consideraciones del voto mayoritario.

El principal argumento de la Corte para decidir fue la ausencia de “caso” o controversia:

¹¹ Disponible en CSJN Barrick c. EN 4-6-19 (ley de glaciares y minería).pdf - Google Drive.

debe surgir de la demanda la existencia de un agravio –en los términos en que lo exigen los presupuestos de admisibilidad de una acción declarativa– causado por un ‘acto en ciernes’ ya sea respecto de la impugnación del procedimiento legislativo o respecto de la aplicación de la ley.

No obstante, los cortesanos realizaron otras consideraciones en extremo valiosas que adquieren ahora una vital importancia en este debate.

En ese sentido, la CSJN afirmó que el derecho individual debe ser armonizado con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14 y 240 del Código Civil y Comercial de la Nación) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1°, 2° y 4° de la Ley General del Ambiente 25675). Y que el artículo 41 CN –que establece las facultades federales de dictar los Presupuestos Mínimos ambientales– y el artículo 124 CN –que reconoce el “dominio originario” de las provincias sobre sus recursos naturales– deben ser interpretados buscando la adaptación de la gestión de los recursos naturales para cumplir de la forma más fidedigna posible el proyecto ambiental de “federalismo concertado” que establece la Constitución Nacional.

También agregó la Corte que la tarea de interpretación constitucional es primariamente de las autoridades federales y provinciales, que deben conjugar intereses en el plano del debate político para potenciar el cumplimiento del texto constitucional, sin vaciar de contenido el modelo federal del Estado ni el proyecto ambiental de la Constitución.

Finalmente, el Máximo Tribunal afirmó que

cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente –que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua– la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, sino que debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad.

En esa línea, la CSJN también tuvo oportunidad de sostener que la Nación legisla las pautas mínimas de protección y, al ser esta una facultad compartida por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde con base constitucional; extremo que implica que la provincia en su ámbito propio realiza en plenitud una atribución que traduce un grado de valoración con relación al fin especial de carácter preventivo que persigue la protección del medio ambiente (CSJN, *in re* “Minera San Jorge”).

La propuesta de reforma

En la siguiente tabla se presenta la comparación entre el contenido actual de la Ley de Glaciares vigente, por un lado, y el texto de la norma proyectada, por el otro, al tiempo que se ponen de resalto (a través de la letra *cursiva*) las modificaciones e incorporaciones propuestas, entre ellas las más importantes (en letra *negrita*):

Tabla 2.

TEXTO ORIGINAL (LEY 26639)	TEXTO PROYECTADO
<p>Art. 1º - Objeto. La presente ley establece los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico. Los glaciares constituyen bienes de carácter público.</p>	<p>Art. 1º - Objeto. La presente ley establece los presupuestos mínimos para la protección de los glaciares y del ambiente periglacial con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas: <i>(a) para el consumo humano; (b) para la agricultura; (c) para la protección de la biodiversidad; (d) como fuente de información científica; y (e) como atractivo turístico.</i></p> <p>Los glaciares constituyen bienes de carácter público. <i>La protección de los glaciares y del ambiente periglacial en los términos del párrafo anterior y de los artículos 6º, 7º y 8º de la presente ley deberá interpretarse de un modo compatible con el artículo 41 de la Constitución Nacional, que dispone la utilización racional de los recursos naturales existentes en las provincias, dueñas originarias de los mismos según el artículo 124 de la Constitución Nacional, de un modo que atienda a las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.</i></p>
<p>Art. 3º - Inventario. Créase el Inventario Nacional de Glaciares, donde se individualizarán todos los glaciares y geoformas Periglaciales que actúan como reservas hídricas existentes en el territorio nacional, con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo.</p>	<p>Art. 3º - Inventario. Créase el Inventario Nacional de Glaciares, donde se individualizarán los glaciares y geoformas Periglaciales existentes en el territorio nacional <i>que cumplan con las funciones de reserva estratégica de recursos hídricos y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas a las que se hace referencia en el artículo 1º,</i> con toda la información necesaria para su adecuada protección, control y monitoreo. <i>El Inventario será de ineludible consulta y consideración por parte de las autoridades competentes, sin que ello implique desmedro de las atribuciones contempladas por los artículos 6º, 7º y 8º de la presente ley.</i></p>

<p>(Artículo inexistente en la ley original)</p>	<p>Art. 3° bis - Principio precautorio. <i>En virtud del principio precautorio, todos los glaciares y geoformas Periglaciales que se encuentren incluidos en el Inventario Nacional de Glaciares serán considerados como parte del objeto protegido de la presente ley hasta tanto la autoridad competente en materia ambiental verifique la inexistencia de algunas de las funciones mencionadas en el primer párrafo del artículo 3°.</i></p> <p><i>A partir del momento en que la autoridad competente constate que un glaciar o geoforma periglacial incluido en el Inventario Nacional de Glaciares no cumple con alguna de las funciones previstas en el primer párrafo del artículo 3°, se considerará que el glaciar o la geoforma periglacial en cuestión no están alcanzados por las previsiones de la presente ley, sin perjuicio de la protección general que le corresponda con arreglo a la Ley General del Ambiente N° 25.675 y demás normas aplicables.</i></p>
<p>Art. 5° - Realización del Inventario. El inventario y monitoreo del estado de los glaciares y del ambiente periglacial será realizado y de responsabilidad del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA), con la coordinación de la autoridad nacional de aplicación de la presente ley.</p> <p>Se dará intervención al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto cuando se trate de zonas fronterizas pendientes de demarcación del límite internacional previo al registro del inventario.</p>	<p>Art. 5° - Realización del Inventario. El inventario y monitoreo del estado de los glaciares y del ambiente periglacial será realizado y de responsabilidad del Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales (IANIGLA), con la coordinación de la autoridad nacional de aplicación de la presente ley.</p> <p>Se dará intervención al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto cuando se trate de zonas fronterizas pendientes de demarcación del límite internacional previo al registro del inventario.</p> <p><i>La autoridad competente que detectare en su territorio un glaciar o un ambiente periglacial que cumpla con alguna de las funciones previstas en el artículo 3° y que no estuviera en el Inventario Nacional de Glaciares, lo informará al IANIGLA a fin de que lo incorpore en el Inventario. Cuando la autoridad competente constate que un glaciar o ambiente periglacial incluido en el Inventario Nacional de Glaciares no cumple con alguna de las funciones a las que se hace referencia en el primer párrafo del artículo 3°, deberá informar dicha circunstancia al mencionado Instituto, quien deberá eliminarlo del Inventario Nacional de Glaciares. La omisión de hacerlo por parte del IANIGLA no afectará la validez de la autorización otorgada por la autoridad con competencia ambiental de la jurisdicción respectiva en los términos del artículo 7° de la presente ley.</i></p>
<p>Art. 6° - Actividades prohibidas. En los glaciares quedan prohibidas las actividades que puedan afectar su condición natural o las funciones señaladas en el artículo 1°, las que impliquen su destrucción o traslado o interfieran en su avance, en particular las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) La liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes, productos químicos o residuos de cualquier naturaleza o volumen. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial; b) La construcción de obras de arquitectura o infraestructura con excepción de aquellas necesarias para la investigación científica y las prevenciones de riesgos; c) La exploración y explotación minera e hidrocarbúfera. Se incluyen en dicha restricción aquellas que se desarrollen en el ambiente periglacial; d) La instalación de industrias o desarrollo de obras o actividades industriales. 	<p>Art. 6° - Actividades prohibidas. En los glaciares y en el ambiente periglacial <i>identificados por la autoridad con competencia ambiental de la jurisdicción correspondiente conforme a lo dispuesto por el apartado 1) del artículo 8°</i>, quedan prohibidas las actividades que puedan alterar de modo relevante su condición natural o las funciones señaladas por el artículo 1°, las que impliquen su destrucción o traslado, o interfieran en su avance, en particular las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) la liberación, dispersión o disposición de sustancias o elementos contaminantes (...); b) la construcción de obras (...); c) la exploración y explotación minera e hidrocarbúfera; y d) la instalación de industrias (...). <p><i>Las autoridades competentes referidas en el artículo 8° tendrán a su cargo determinar, mediante la correspondiente evaluación de impacto ambiental, qué actividades proyectadas implican una alteración relevante en los términos del presente artículo y, como consecuencia, no pueden ser autorizadas.</i></p>

<p>Art. 7° - Evaluación de impacto ambiental. Todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial, que no se encuentran prohibidas, estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental y evaluación ambiental estratégica, según corresponda conforme a su escala de intervención (...).</p>	<p>Art. 7° - Evaluación de impacto ambiental. Todas las actividades proyectadas en los glaciares y en el ambiente periglacial estarán sujetas a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental en forma previa a su autorización y ejecución (...). <i>Cuando, a criterio de la autoridad con competencia ambiental de la jurisdicción respectiva, la escala y grado de intervención lo justifique, se llevará también a cabo una evaluación ambiental estratégica (...).</i></p>
<p>Art. 8° - Autoridades competentes. A los efectos de la presente ley, será autoridad competente aquella que determine cada jurisdicción. En el caso de las áreas protegidas comprendidas por la Ley 22.351, será autoridad competente la Administración de Parques Nacionales.</p>	<p>Art. 8° - Autoridades competentes. A los efectos de la presente ley, será autoridad competente aquella que determine cada jurisdicción. En el caso de las áreas protegidas comprendidas por la Ley 22.351, será autoridad competente la Administración de Parques Nacionales. La autoridad con competencia ambiental de la jurisdicción correspondiente: 1) identificará cuáles glaciares y qué ambiente periglacial cumplen con alguna de las funciones hídricas previstas en el artículo 1° (...); y 2) compartirá con el IANIGLA la información que obtenga sobre los glaciares y el ambiente periglacial existentes en su respectiva jurisdicción, a fin de que este último actualice el Inventario Nacional de Glaciares.</p>

Fuente: elaboración propia.

Fundamentación

El Mensaje 36 que acompaña al Proyecto de Ley de reforma fundamenta la necesidad de modificar la ley actual bajo razones de seguridad jurídica, federalismo, eficiencia técnica e impulso a las inversiones mineras. En concreto, el PEN sostiene que, tras quince años de vigencia, la legislación vigente genera incertidumbre sobre (i) qué áreas están protegidas y (ii) qué actividades están prohibidas.

Asimismo, se afirma que los cambios que se propician tienden, únicamente, a esclarecer el alcance de las normas contenidas en la actual ley, sin por ello atenuar los estándares de protección ambiental vigentes (cf. principio de no regresividad del Acuerdo de Escazú).

Se argumenta, también, que la redacción vigente contradice los artículos 41 y 124 de la Constitución Nacional (cf. texto reformado en 1994), que otorga a las provincias el “dominio originario” de sus recursos naturales, al tiempo que se permite la “utilización racional” de aquellos. El mensaje propone que las provincias recuperen (*sic*) la facultad de identificar, mediante estudios científicos de significancia hídrica, qué elementos de su territorio deben ser protegidos.

Se señala que la ley actual ha obstaculizado el desarrollo económico sostenible, especialmente en proyectos de minería de litio y cobre. Se busca pasar de un esquema de “prohibiciones absolutas, abstractas y genéricas” a otro basado en evidencias concretas y criterios científicos analizados por las provincias en cada EIA.

El mensaje critica que el IANIGLA, tras quince años, solo ha completado el “Nivel 1” del inventario, sin determinar la función hídrica real de las geoformas relevadas. Por ello, propone que las autoridades provinciales, que poseen “información de primera mano”, contribuyan activamente a actualizar y depurar dicho inventario.

Se menciona que la reforma se inscribe en la lógica del “Pacto de Mayo” firmado en 2024, donde la Nación y las provincias se comprometieron a avanzar en la explotación de recursos naturales dentro de un modelo de desarrollo federal equilibrado; y que también emerge de la solicitud expresa de los gobernadores que integran las Mesas del Litio y el Cobre.

Además, el PEN asegura que los cambios no disminuyen los estándares de protección ambiental, sino que los hacen más precisos y eficaces, al tiempo que se respeta el “principio de no regresión” y se garantiza la participación ciudadana conforme al Acuerdo de Escazú.

Análisis crítico

A pesar de los argumentos de los defensores de la reforma propuesta a la Ley 26639, resulta evidente que este texto no es meramente interpretativo, puesto que introduce un cambio significativo de orientación respecto del diseño original del régimen de protección de glaciares y del ambiente periglacial.

El “nudo gordiano” del conflicto no son las típicas postales de glaciares blancos (que nadie pretende dinamitar), sino el ambiente periglacial. La redefinición de este concepto, al exigirle “relevancia hídrica comprobada”, constituye un cambio paradigmático que, si bien podría liberar miles de hectáreas de suelo congelado para la explotación minera, asume el riesgo de desconocer el valor sistémico y de reserva estratégica de estos ecosistemas frente al cambio climático.

Si bien el proyecto mantiene, en el plano declarativo, el objetivo de preservación de estos bienes como reservas estratégicas de recursos hídricos y otros fines, el nuevo texto desplaza el centro de gravedad desde una protección amplia y objetiva hacia un esquema más flexible y heterogéneo, apoyado en una interpretación funcional y en decisiones administrativas adoptadas por diversas autoridades ambientales provinciales.

En el régimen vigente, la protección alcanza a todos los glaciares y geoformas periglaciales que actuaran como reservas hídricas, con una presunción legal fuerte basada en su sola existencia y en su inclusión en el ING. La reforma modifica este enfoque, al condicionar la protección a que dichos cuerpos cumplan efectivamente determinadas funciones hídricas específicas. De este modo, la protección deja de ser inherente al glaciar como bien ambiental y pasa a depender de una verificación funcional, lo que introduce un margen interpretativo considerable y traslada el eje de la tutela desde la norma hacia una evaluación administrativa.

La incorporación del artículo 3° *bis*, que invoca el “principio precautorio”, no restablece el esquema original, sino que lo redefine. Si bien se presume que los glaciares y geoformas incluidos en el Inventario

Nacional forman parte del objeto protegido, dicha presunción es expresamente provisoria y puede ser desvirtuada cuando la autoridad provincial competente constate que no se verifica alguna de las funciones previstas por la ley. A partir de ese momento, el glaciar o ambiente periglacial queda excluido del régimen específico de la Ley 26639, conservando únicamente la protección general del derecho ambiental común. Es más, tal exclusión no depende de la posterior intervención del IANIGLIA, puesto que su silencio o inacción no altera la salida del ING. En este contexto, el principio precautorio deja de operar como un criterio nodal de máxima protección y pasa a funcionar como una regla transitoria y “derrotable”, esto es, sujeta a confirmación o descarte por la administración local.

En ese sentido, se desvirtúa el propósito de proteger la criósfera en sí misma. En efecto, de aprobarse este proyecto el ámbito de protección podría quedar subsumido en lo previsto por la Ley 25688 de Presupuestos Mínimos para la preservación de las aguas, que dispone que las cuencas hídricas son una unidad ambiental no divisible (art. 3°), en tanto que para que sea digno de protección el glaciar o el ambiente periglacial se necesita que sean reservas o proveedores de cuencas hidrográficas.

Por su parte, el ING también ve alterada su función jurídica. En el esquema original, este instrumento constituía una herramienta central de protección y un límite claro para la autorización de actividades. Con la reforma, el inventario se transforma en un registro dinámico, susceptible de modificaciones permanentes a partir de la información aportada por las autoridades provinciales. Más aún, se establece expresamente que la omisión del Instituto en actualizar el inventario no afecta la validez de las autorizaciones ambientales otorgadas por las jurisdicciones competentes, lo que debilita su carácter de presupuesto homogéneo/mínimo de base/uniforme previsto en la Constitución, a la vez que desaparece como elemento crítico para la toma de decisiones, al punto de poner en riesgo su existencia.

En materia de actividades prohibidas, la reforma introduce un desplazamiento particularmente relevante. La prohibición deja de operar de manera objetiva y automática sobre determinadas actividades, como la exploración y explotación minera e hidrocarburífera, y pasa a depender de si estas producen una alteración “relevante” de la condición natural o de las funciones del glaciar o del ambiente periglacial. La determinación de esa relevancia queda en manos de la autoridad ambiental provincial, a través del procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental.

En conjunto, estos cambios impactan de manera directa sobre el esquema de presunción que caracterizaba a la ley original. La protección, que antes descansaba en una presunción fuerte y amplia, se convertiría ahora en una presunción débil, condicionada y revocable. La carga principal de la tutela ambiental se desplaza desde la ley hacia la Administración, y el principio precautorio pierde su función de regla estructurante del sistema para convertirse en un umbral temporal de protección.

El resultado es un régimen menos rígido, más permeable a la ponderación de intereses productivos y con un mayor protagonismo de las provincias en la definición concreta del alcance de la protección ambiental.

Esto último se aleja del criterio que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le dio a la legislación del agua (CSJN, *in re* “Río Ayuí”) y a la constitucionalidad de la propia Ley de Glaciares (CSJN, *in*

re “Barrick”). En efecto, en esta segunda sentencia, de 2019, el Máximo Tribunal vertió una serie de consideraciones que devienen hoy por demás trascendentales. Ello, dado que el federalismo en materia de RR.NN. y ambiente no puede ser entendido como el desplazamiento, sin más, de atribuciones nacionales a las provincias, so pretexto de cumplir con el artículo 124 de la Constitución. El establecimiento de Presupuestos Mínimos es, precisamente, la fijación de *un* criterio uniforme y federal, el cual cada provincia puede mejorar o ampliar, más no limitar o relajar. De lo contrario, pasaríamos a tener diez “mini-IANIGLIAS” (tantas como provincias mineras-cordilleranas), incluso con mayor poder de regulación protectoria que la IANIGLIA –en tanto autoridad federal/nacional– en sí misma.

Asimismo, es dable recordar que los recursos naturales no “son” (total y exclusivamente) de las provincias. Ello, puesto que el Estado Nacional también goza de parte de esa tenencia, origen y posesión de los RR.NN., aunque en términos que a menudo se pasan por alto. Esto es: la jurisdicción (dictado de las leyes de fondo y de la línea basal de las leyes de PM de protección ambiental), así como el diseño de la política pública, en tanto sector estratégico respaldado en un interés federal determinante.

La dovela central o clave de bóveda de este “arco jurídico” reside en la Convención Nacional Constituyente de 1994, donde hubo una disputa entre dos posturas relativas a qué facultades reconocer a las provincias: la postura amplia, que contenía al dominio más la “jurisdicción”, pero que resultó minoritaria; y la postura restringida, donde solo figuraba el “dominio originario”, que finalmente predominó y quedó plasmada en el texto del artículo 124 CN.

¿Qué implica que a las provincias se les reconoció el dominio originario mas no la jurisdicción –como pretendían muchas de ellas–? Pues que esta sigue quedando en cabeza del Estado Nacional, como desde 1853, cuya atribución recae sobre el Congreso de la Nación al dictar el Código de Minería (cf. art. 75, inc. 12, CN). Así, será a través de leyes generales, aplicables a todo el territorio nacional, como se establecerá el régimen jurídico de la minería.

Máxime tratándose del diseño de la política nacional en un sector estratégico: amén de gozar de las atribuciones jurisdiccionales para regular en forma integral la materia minera, el Gobierno Federal (en este caso, el PEN y las carteras de Minería y Ambiente de la Nación) detenta la competencia referida al diseño e implementación de la política minera a nivel federal, cuyo contenido ha de ser homogéneo y uniforme para todo el país.

En cuanto a la articulación federal, se trata de la cooperación en una dinámica multinivel y sinérgica en pos del interés federal en juego. Es el mentado “federalismo de concertación”, pero sobre una base específica: el reconocimiento de que la explotación de los recursos metalíferos, litíferos y cupríferos reclama un tratamiento propio de un sector estratégico para la economía. Ergo: se impone una articulación que privilegie alianzas público-privadas, nacionales-internacionales y federales-provinciales; todo ello bajo el paraguas del desarrollo nacional sostenible, la creación de valor, la innovación y complejidad tecnológicas y la reducción sectorial de la intensidad de emisiones de carbono. Y, claro está, la potestad de la Nación de decidir si no se alcanzan los consensos necesarios.

En síntesis, con esta reforma parecería observarse un fenómeno tal donde las provincias invocan su autonomía, no para elevar los estándares ambientales (como prevé la Constitución), sino para flexibilizar el piso mínimo nacional y, así, atraer inversiones. Con el agregado de que dicha convocatoria cristalizará una pugna entre dichas provincias, con la consiguiente tentación a relajar los requisitos ambientales a imponer a los potenciales inversores y/o proyectos.

En definitiva, la reforma proyectada no se limita a introducir ajustes técnicos ni a clarificar conceptos ambiguos, sino que reconfigura el modelo de protección diseñado por la Ley 26639, desplazándolo desde un esquema preventivo, presuntivo y eco-céntrico hacia otro más flexible, funcional y administrativamente condicionado.

La reforma corre el riesgo de fragmentar los estándares de protección y de vaciar de contenido la noción de reserva estratégica frente al cambio climático. De aprobarse la reforma en 2026, es altamente probable la aparición de un nuevo ciclo de judicialización. Ello, dado que los sectores ambientalistas ya anticipan planteos de inconstitucionalidad basados en el “principio de no regresión” y en los compromisos internacionales asumidos por Argentina (Acuerdo de París y Acuerdo de Escazú).

Finalmente, resulta llamativo verificar que los argumentos vertidos en la motivación de la reforma guardan una notable similitud con las razones esgrimidas en el Decreto 1837/2008, por el cual se vetó la primigenia Ley 26418, a pesar de la diferencia temporal entre los proyectos y las distintas orientaciones ideológicas de los gobiernos de turno. En efecto, ambos instrumentos comparten una visión crítica respecto a la rigidez del actual esquema de protección y coinciden en la necesidad de restituir el protagonismo regulatorio a las jurisdicciones locales. La premisa compartida es que la protección ambiental debe armonizarse con la actividad productiva; de lo contrario, se obstaculiza el desarrollo económico sostenible, una preocupación que el actual proyecto refuerza al citar expresamente las advertencias de los gobernadores y de las Mesas del Litio y el Cobre.

Referencias bibliográficas

Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, fecha 4/6/2019.

Ley N° 26639 (2010). Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (“Ley de Glaciares”).

Poder Ejecutivo Nacional (2026). Mensaje N° 36. Proyecto de Ley de reforma de la ley 26.639. Disponible en: MENSAJE N° 36 - 2025 - PROYECTO DE LEY.

Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación (2019). *Atlas de glaciares en Argentina*. Recuperado de: atlas_glaciares_parte_1.pdf - Google Drive

El futuro del derecho sucesorio desde un análisis crítico sobre los primeros 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación*



Marisa Herrera**

Introducción

Los primeros diez años de un código que rige la vida cotidiana de toda persona que habita el suelo argentino constituye un plazo más que razonable para llevar adelante un interesante balance crítico. En esta oportunidad, nos concentramos en los debates que se han abierto en el campo del derecho sucesorio que, por lo general, suelen ser más áridos y menos dinámicos que lo que acontece en el derecho de las familias que, de por sí, encierra un movimiento social constante que lo hace ser más activo e interpelante. Ahora bien, no por casualidad ambas ramas del derecho civil suelen abordarse de manera conjunta en las carreras de grado, línea pedagógica que sigue la Universidad Nacional de José C. Paz. Sucede que la interacción entre ambas es ineludible a tal punto que podríamos aseverar que cuando se mueven los cimientos de las relaciones de familia, tarde o temprano estos repercuten en la estructura del derecho sucesorio.

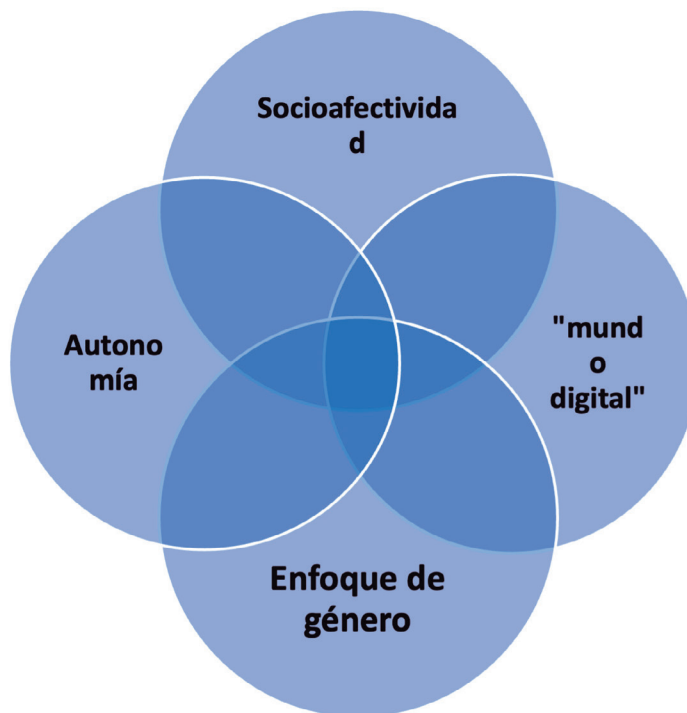
* Varias de las ideas que se esgrimen en el presente artículo forman parte de un trabajo presentado en una obra colectiva en homenaje al profesor Francisco Alberto Magin Ferrer, uno de los referentes de la doctrina nacional del derecho sucesorio, en prensa en la editorial Rubinzal Culzoni.

** Doctora en Derecho, UBA. Investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Directora de la carrera de Especialización en Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencias (UNPAZ). Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Avellaneda. Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial argentino en las temáticas de familia, niñez y adolescencia. Correo electrónico: marisaherrera12@gmail.com.

En este contexto, se trata de dimensionar cómo los dilemas más actuales por los que transita el derecho de las familias aterrizan en el campo sucesorio tomándose como punto de partida la siguiente hipótesis: así como las conflictivas actuales más rupturistas que atraviesan a las relaciones de familia son auspiciadas por la obligada constitucionalización-convencionalización del derecho civil (conf. arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación o CCyCN), este mismo enfoque es el que está presente en los debates contemporáneos –y aún en construcción– en el derecho sucesorio.¹

Al respecto y de manera sintética y gráfica, es dable destacar los principales ejes sobre los cuales se ha desarrollado y profundizado en el derecho de las familias en los últimos tiempos y que también estarían presentes en el derecho sucesorio:

Figura N° 1.

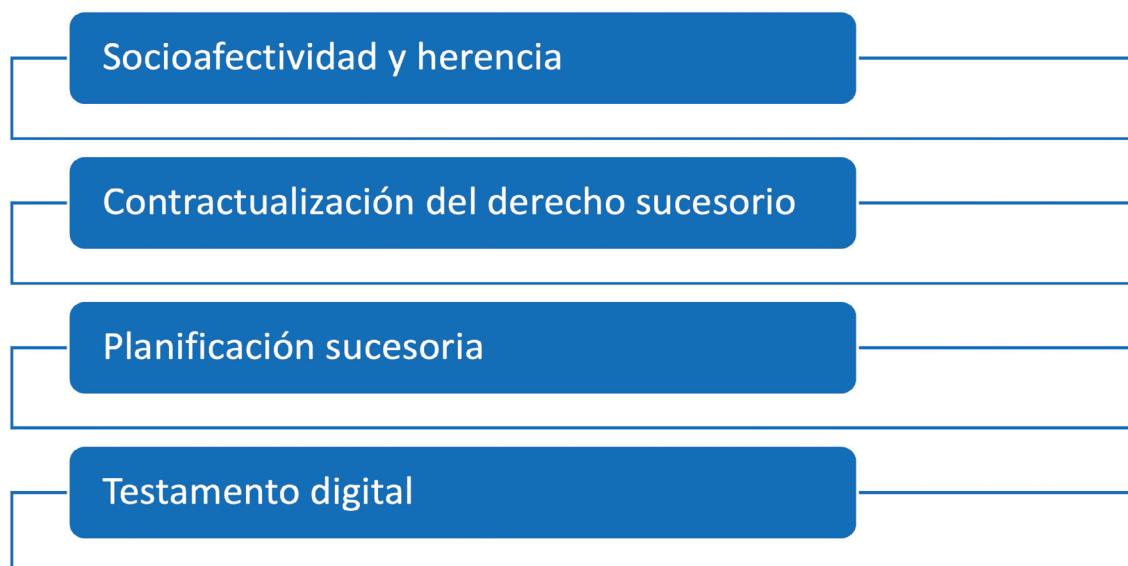


Fuente: elaboración propia.

Sobre esta base e interacción transitarían los principales conflictos que desvelan al derecho sucesorio a diez años de vigencia de la legislación civil y comercial tal como se expone –también de manera sintética y gráfica– en la siguiente enumeración:

¹ Para ampliar sobre el impacto de la constitucionalización-convencionalización del derecho civil en el derecho sucesorio se recomienda compulsar Herrera (2024, pp. 3 y ss) actualizado en Herrera (2025, pp.1 y ss).

Figura N° 2.



Fuente: elaboración propia.

Si bien cada una de estas cuestiones amerita un estudio particular, lo cierto es que la noción de socioafectividad es la de mayor envergadura e importancia por lo que derrama y las implicancias revisionistas que genera en el derecho sucesorio –al igual que en las relaciones de familia–. De allí que en esta ocasión nos concentramos en la primera de las conflictivas mencionadas al ser la que más tensiones –y de mayor envergadura en términos teóricos como prácticos– compromete.

¿Con qué fuerza o entidad impacta la socioafectividad en el derecho sucesorio de hoy? ¿Cuáles son los nuevos interrogantes que se abren? ¿Qué ideas, posturas y lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales se han desarrollado al calor de este término? Estas son algunas de las inquietudes que intentarán ser dilucidadas en el presente artículo.²

Como cierre de este apartado introductorio es dable destacar que las opiniones y conclusiones provisionales que se esgrimen en esta oportunidad forman parte de una mirada crítica que se viene exponiendo hace tiempo en torno a la noción de la socioafectividad,³ en su carácter de concepto nodal y rupturista que ha dinamizado las relaciones de familia desde una perspectiva contemporánea⁴ entendiendo que

2 Son varios los trabajos doctrinarios que le prestan atención a la intersección socioafectiva y herencia, a tal punto que la comisión nro. 8 sobre sucesiones de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil se dedicó al estudio de esta interacción tal como surge de las numerosas ponencias presentadas (conf. <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/09/Comision-8-Sucesiones-1.pdf?x46810&x46810>) arribándose a varias conclusiones que permiten advertir la riqueza de este cruce temático (conf. <https://www.editorialjuris.com/libro.php?idL=978>); sumado a las diferentes voces doctrinarias que se han dedicado a profundizar como ser Ferrer, F. (2019), Iglesias, M. (2024, pp. 45 y ss), Pérez Gallardo, L. B. (2023) y Surraço, M.M. (2023).

3 Ver, principalmente, Herrera (2024: 13-40), Herrera y de la Torre (2022), Herrera, M.; de la Torre, N. y Beguiristain, C. D. (2022) y Herrera, M. (2021: 445-487).

4 Extensísima es la bibliografía que se viene desarrollando en torno a este concepto en los últimos tiempos, solo a modo de acercamiento contemporáneo se recomienda compulsar los siguientes: Seba, S. (2022),

le habría llegado su turno al derecho sucesorio. En otras palabras, es tal la fortaleza de lo socioafectivo en el campo del derecho familiar que no podía quedar al margen el derecho sucesorio a la luz de la íntima interacción entre ambos, debiéndose señalar que este elemento de tinte sociológico habría sido central para repensar la legislación civil y comercial a diez años de vigencia.

Así, en la actualidad no hay duda alguna que la socioafectividad constituye uno de los cimientos o pilares del derecho familiar de hoy y, por efecto transitivo, lo sería también del derecho sucesorio como se pretende demostrar y reforzar, debiéndose tener en cuenta que desde una mirada sistémica comparte el escenario con otros dos conformando una tríada que se entrelaza e interactúan entre sí, tal como surge del siguiente gráfico:

Figura N° 3.



Fuente: elaboración propia.

¿Cuáles son los efectos jurídicos que se deberían reconocer a vínculos de afecto consolidados? ¿La vocación sucesoria es un efecto jurídico que debe –de manera inexorable– verse atravesada por el afecto? En caso afirmativo, ¿cuándo se estaría ante una socioafectividad de peso para alcanzar tal reconocimiento? Es decir, con qué entidad, en qué medida y/o bajo qué circunstancias el derecho sucesorio debería tomar nota de este elemento sin que quede atrapado por una lógica compleja como lo es la inseguridad jurídica tratándose de un campo del derecho con ribetes o contornos más rígidos que los que priman en el campo del derecho fa-

Moreira, M. (2022), Kemelmajer de Carlucci, A. (2021), Molina de Juan, M. (2021), Salituri Amezcua, M. y Videtta, C. (2021), Beguiristain, C. D. y Fonollosa, R. (2023), Salituri Amezcua, M.; Silva, S.A.; Videtta, C. y Notrica, F. P. (2022), Muñoz Genestoux, R. (2020) y Miller, G. (2021).

miliar. De allí la responsabilidad y el cuidado que se debe tener desde el ámbito doctrinario para proponer reformas legislativas que comprometen una temática central de la sucesión *ab intestato* o intestada como lo es la vocación sucesoria. Máxime, en el marco de un régimen jurídico que recepta un sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso y, por ende, habilita que ante situaciones sociojurídicas de extrema injusticia, un/a juez/a pueda hacer uso –como última ratio– de declarar la inconstitucionalidad-inconvencionalidad de una norma, cuestión que es reforzada a la luz de lo previsto en los artículos 1 y 2 de la propia normativa civil y comercial.

En suma, a dos lustros de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, resulta un fructífero ejercicio académico ahondar sobre las principales tensiones que observa el derecho sucesorio, ámbito que se habría animado –en buena hora– a ser repensado e interpelado desde la noción más rupturista que atraviesa a las relaciones de familia en plural: la socioafectividad.

Algunas pinceladas generales sobre la socioafectividad

El peso del afecto en el derecho de familia siempre ha estado presente. Solo basta mencionar un término clásico de este campo del derecho como lo es la posesión de estado o, incluso desde otra óptica, el opuesto: la falta de afecto y la incidencia de la separación de hecho en varias instituciones jurídicas, incluido el derecho sucesorio al ser causal de exclusión de la vocación hereditaria (art. 2437). Como se puede advertir, el afecto –tanto por presencia como por ausencia– siempre ha tenido un rol destacado en el derecho. El interrogante abierto gira en torno a si no se habría profundizado a tal punto de otorgarle mayor entidad con las consecuencias jurídicas que se derivan de esta fortaleza.

Un claro ejemplo o muestra elocuente de esta aseveración surge de la postura adoptada en dos de las últimas jornadas nacionales de derecho civil.⁵ Así, en la edición XXVIII organizada por la Universidad Nacional de Cuyo en Mendoza en 2022, la comisión nro. 7 de “Familia” se dedicó a debatir y profundizar sobre “socioafectividad e interés superior de niños, niñas y adolescentes”. Allí se arribó a varias conclusiones de distinto tenor, pero el primer bloque es de carácter general vinculado al concepto de socioafectividad. En este marco, se concluyó que “Cabe entender por socioafectividad una especie de ‘afecto’ calificado por la reciprocidad y la cercanía”.⁶ Pocos términos jurídicos son tan claros y precisos desde el punto de vista de su denominación como el de socioafectividad al exponer en su propia locución los dos elementos presentes para su configuración: lo social y lo afectivo. En esta línea, también

5 La otra jornada nacional es la aludida edición XXIX desarrollada en la Universidad Austral en el 2024 cuya comisión nro. 8 sobre sucesiones se dedica, precisamente, a la socioafectividad en este campo del derecho civil y a la cual aquí nos referimos en varias oportunidades.

6 XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 7, Familia (2022), disponible en <https://www.saij.gob.ar/seminarios-jornadas-conclusiones-congresos-conclusiones-xxviii-jornadas-nacionales-derecho-civil-realizadas-mendoza-dias-22-23-24-septiembre-2022-comision-7-familia-socioafectividad-incidencia-interes-superior-ninos-ninas-adolescentes-dacf220058-2022-11-24/123456789-0abc-defg8500-22fcanirtcod?&o=11&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B%2C1%5D%7CTema%7CDerecho%20civil%5B%2C1%5D%7COrganismo%5B%2C1%5D%7CAutor%7CSEMARIOS%20Y%20JORNADAS%20CONCLUSIONES%20DE%20CONGRESOS%7CJurisdicci%F3n%5B%2C1%5D%7CTribunal%5B%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=61>

por unanimidad, se asevera que “Cabe entender por socioafectividad una especie de ‘afecto’ calificado por la reciprocidad y la cercanía”. Esta definición es hábil para profundizar sobre la cuestión probatoria, una faceta central tratándose de un término eminentemente subjetivo, el cual se lo pretende objetivizar a través de dos elementos básicos: la reciprocidad y la cercanía. Ahora bien, la idea de cercanía debería interpretarse desde una perspectiva moderna, es decir, otorgándosele valor a diferentes medios digitales o tecnológicos que permiten construir una cierta cotidianeidad. En este contexto, cabría preguntarse si estos tópicos de reciprocidad y cercanía estarían configurados en una relación sostenida por dos personas que viven en ciudades distantes. Un interesante interrogante abierto que repercutiría, sin duda, en el campo del derecho sucesorio si, efectivamente, se le abre paso a la socioafectividad.

Por otra parte, desde el punto de vista doctrinario, Dutto (2022: 51) –parafraseando a Carver al preguntarse “De qué hablamos cuando hablamos de socioafectividad”– señala que

Su peculiaridad consiste –como su grafía lo significa– en que dos son los elementos básicos formadores y que interactúan: lo social y lo afectivo. Un concepto que parecía pertenecer solo al derecho brasileño (la *afectividade*) se ha trasladado a otros ordenamientos, en los que ya se comienza a hablar del ‘parentesco social afectivo’ para reflejar la relación que surge entre personas que, sin ser parientes, se comportan entre ellas a modo y semejanza

Agrega que

Se ha producido la llamada ‘desencarnación’, el debilitamiento del elemento carnal o biológico, en beneficio del elemento psicológico y afectivo” y, por lo tanto, concluye que “Bajo esa observación, la socioafectividad integra, complementa y en ocasiones cubre el silencio legal para optimizar la realización de justicia, fundada en el vínculo afectivo de interdependencia entre los seres humanos y que el entorno social legitima (Dutto, 2022: 51).

Como cierre de este apartado dedicado a conceptualizar la socioafectividad, es interesante mencionar que uno de los textos especializados o específicos más actuales en el derecho latinoamericano como lo es el Código de las Familias cubano, aprobado por votación directa el 25/09/2022, explicita en su artículo 3 los principios que lo rigen, citando entre ellos el elemento en análisis al decir:

1. Las relaciones que se desarrollan en el ámbito familiar se basan en la dignidad y el humanismo como valores supremos y se rigen por los principios siguientes: a) Igualdad y no discriminación; b) pluralidad; c) responsabilidad individual y compartida; d) solidaridad; e) socioafectividad; f) búsqueda de la felicidad; g) equidad; h) favorabilidad; i) respeto; j) interés superior de niñas, niños y adolescentes; k)

respeto a las voluntades, deseos y preferencias de las personas adultas mayores y personas en situación de discapacidad; l) equilibrio entre orden público familiar y autonomía; y m) realidad familiar” (artículo 3).

De este modo, la socioafectividad es elevada al rango de principio general del derecho de las familias. ¿Esta centralidad tiene su repercusión en el derecho sucesorio? La respuesta afirmativa se impone tal como se pretende demostrar en el siguiente apartado.

Un entrecruzamiento complejo: socioafectividad y sucesiones

¿La socioafectividad puede ser causa fuente de vocación sucesoria?

Aquí nos concentramos en el entrecruzamiento entre socioafectividad y derecho sucesorio. Al respecto y como punto de partida novedoso, resulta pertinente regresar al mencionado Código de las Familias cubano que introduce modificaciones al régimen sucesorio, con más precisión, artículo 511.1 de la legislación civil que integra el Título III sobre “Sucesión intestada”, al establecer que

El pariente más próximo en grado, dentro del mismo orden, es llamado con preferencia al más remoto, salvo el derecho de representación y lo previsto sobre el derecho del cónyuge, así como de los ascendientes no aptos para trabajar y que dependían económicamente del causante. 2. Si alguno de los herederos se ha desempeñado como persona cuidadora familiar del causante y ha asumido en el orden económico todos los gastos necesarios para ello, su cuota en la herencia es el doble que la del resto de los herederos concurrentes 3. Si quien ha asumido el cuidado familiar pertenece a un llamado posterior tiene el derecho de acudir a la sucesión con los herederos más próximos y a recibir también el doble de la cuota que la del resto de los herederos concurrentes.

Como se puede advertir, esta reforma revaloriza la socioafectividad al priorizar al “heredero cuidador” frente al resto de los herederos, sea de igual o incluso, de orden sucesorio en línea recta más lejano. ¿La razón de esta decisión legislativa? Dimensionar el papel del cuidado, es decir, del afecto y dedicación de los/as herederos/as retribuyéndoles con una mejora en su participación en la herencia. Esta reforma, a la par, debe ser analizada desde el obligado enfoque de género en atención a que suelen ser las hijas y/o nietas –mujeres– quienes se hacen cargo del cuidado de los familiares adultos mayores. Al respecto, y a la luz del obligado enfoque constitucional-convencional del derecho civil que auspician los artículos 1 y 2 del CCyCN, es dable destacar la Opinión Consultiva nro. 31 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se reconoce el derecho al cuidado como derecho humano autónomo y, como tal, protegido por la Convención Americana de Derechos Humanos –entre otros instrumentos internacionales– en el que se revaloriza el cuidado y, a la par, se denuncia –como lo vie-

ne haciendo en varios precedentes—⁷ “los estereotipos negativos de género” que asignan “a las mujeres funciones en la esfera privada o doméstica vinculadas con la procreación y la crianza de los hijos, y se ha promovido, social e incluso jurídicamente, que los hombres no asuman labores de cuidado no remuneradas” (párrafo 141). Por lo tanto, si al cuidado se lo ha elevado al rango de derecho autónomo, este debería ocupar un lugar de mayor centralidad en todos aquellos ámbitos del derecho en el que está presente siendo el derecho sucesorio uno de los tantos.

A la luz de los debates generados en el derecho argentino, son varias las revisiones críticas al sistema jurídico actual que se fundan o son motorizadas por la socioafectividad. Aquí nos resulta de interés destacar dos cuestiones novedosas e incipientes, antes de pasar a analizar con mayor extensión ciertas conflictivas que han generado mayor atención en el derecho sucesorio contemporáneo por imperio y fuerza de la noción en estudio.

La primera está directamente vinculada a la mencionada idea de enaltecer el cuidado como lo hace la legislación cubana —aunque con varias diferencias—, cuestión que aún no habría tenido favorable acogida en la doctrina nacional a la luz de ciertas conclusiones arribadas en la mencionada comisión nro. 8 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Veamos, una de las propuestas allí esgrimidas consiste en agregar un párrafo al artículo 2445 del CCyCN dedicado a las “Porciones legítimas” que exprese:

Si el causante no dispuso de la porción disponible, el heredero legitimario podrá ampliar su porción legítima, tomando de la porción disponible, siempre que acredite haber realizado tareas de asistencia y/ o cuidado al causante, en mayor medida que los otros herederos legitimarios, a pesar de que éstos se hallaban en condiciones de hacerlo. Procederá una vez acreditados los presupuestos ante el Juez del sucesorio

la cual tuvo un fuerte rechazo.⁸ En cambio, cuando se propone modificar o comprometer el artículo 2448 relativo a la mejora al hijo/a con discapacidad, la noción de cuidado parecería tener mayor cabida. En este sentido, por mayoría,⁹ se concluyó incorporar un artículo 2448 bis que contenga el siguiente texto:

El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, 1/10 de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a los descendientes que hayan realizado tareas de cuidado en desmedro de su desarrollo personal.

7 Al respecto, se recomienda compulsar el caso Corte IDH. 16/11/2009. “Campo Algodonero vs. México”; Corte IDH. 09/03/2018. “Ramírez Escobar y otro vs. Guatemala” y Corte IDH. 02/11/2021. “Manuela y otros vs. El Salvador”.

8 4 a favor, 16 en contra y 5 abstenciones.

9 15 a favor, 5 en contra y 7 abstenciones.

También por mayoría, se propuso de *lege ferenda*

realizar una reforma al actual artículo 2448 del Código Civil y Comercial en virtud de la cual se pueda otorgar, con independencia de la porción disponible, un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor de los descendientes, los ascendientes y el cónyuge; y que dicha mejora se pueda fundar no sólo por cuestiones de discapacidad, sino también por razones de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud.¹⁰

¿A qué se deberá la mirada más benigna al ingreso de la noción de cuidado y/o solidaridad familiar a través del artículo 2448 y no así del artículo 2445? Podríamos ensayar la siguiente hipótesis: la novedad que incorpora el CCyCN con la mejora al heredero con discapacidad seguiría siendo una institución de excepción o excepcional y, como tal, más proclive a ser reformada en esa lógica y así, abrirse a una noción flexible e indeterminada como lo es el cuidado. ¿Qué tipo de cuidado debería demostrarse para que queden habilitadas las previsiones que se proponen? Un interrogante abierto. En cambio, el artículo 2445 referido a las porciones legítimas constituye una disposición estructural y estructurante del régimen de la sucesión intestada, por lo tanto, se lo advertiría más difícil de amoldarse a conceptos jurídicos indeterminados o abiertos como el cuidado o la solidaridad familiar, calificación que le cabe también a la socioafectividad.

La segunda se refiere al reconocimiento de vocación sucesoria a una relación puramente afectiva y endeble desde el punto de vista jurídico como son los hijos/as de crianza y guardadores/as de hecho. Al respecto, Ferrer (2019) entiende que

en estos supuestos, y por los mismos fundamentos de lazos afectivos, ostensible trato familiar, de esfuerzos y solidaridad, correspondería, a nuestro parecer, que los jueces atribuyan vocación hereditaria recíproca entre los guardadores y las personas que han sido criadas por ellos, con lo cual darán una solución justa al caso concreto, conforme a la equidad, y por una razón axiológica, porque valorativamente es preferible que los bienes relictos queden para el hijo/hija en el afecto del/de la causante, y no que sean desplazados por colaterales o por el Estado, precisamente por ese vínculo de afección y solidaridad entre ellos y la persona guardadora fallecida.

Aquí Ferrer, partiendo de un antiguo precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –con precisión, del 11/09/1986–¹¹ que compromete el derecho de daños y la reparación en favor de un guardador de hecho ante el fallecimiento de su hija de crianza, se anima a avanzar un paso más y plantear –de manera positiva y en clave de apertura– el impacto de este tipo de relación socioafectiva en el campo del derecho sucesorio.

¹⁰ 16 a favor, 4 en contra y 6 abstenciones.

¹¹ CSJN. 11/09/1986. “M., J.H. v. Ferrocarriles Argentinos”. Cita: TR LALEY 60003348.

Socioafectividad y vocación sucesoria del conviviente

Sin duda, uno de los debates abiertos más álgidos que conmueve al derecho sucesorio desde un enfoque moderno cuestiona la falta de vocación hereditaria del/la conviviente supérstite, de conformidad con el sistema abstencionista que recepta el CCyCN. Aquí las críticas doctrinarias son cada vez más ensordecedoras; contrariamente a lo que sucede en la práctica o ámbito jurisprudencial en el que los replanteos aún son tímidos, tal como se lo expone al final del presente apartado.

Como punto de partida, se toma la postura que sigue Ferrer en su ponencia presentada en la comisión nro. 8 de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2024 en la que propone que “Se debe incorporar en la sucesión testada como nuevo orden sucesorio al conviviente supérstite, con derechos equivalentes o similares a los del cónyuge sobreviviente, con arreglo a los requisitos que establezca la ley”.¹² Para arribar a esta conclusión, Ferrer destaca la “injusticia” del silencio legislativo vigente que se

puede presentar cuando se trata de uniones convivenciales de muchísimos años que no se cubre invocando la posibilidad de efectuar beneficios económicos dispuestos por testamento y la ampliación de la porción disponible, porque sabido es que en nuestro país no está incorporada a nuestra costumbre con nivel de generalidad la práctica de otorgar testamentos.

A la par de este argumento de peso fundado en la realidad social, se adiciona otro que cada vez ostenta mayor fortaleza en el derecho sucesorio –¿por incidencia e impacto de su gran desarrollo en el campo de las relaciones de familia?– como lo es la afectividad y la solidaridad –elementos que se unen bajo el concepto de socioafectividad– el que habría “provocado, entre otras cosas, la necesidad de reflexionar sobre una nueva visión de los fundamentos de la sucesión legal o intestada” y, por ende, “Las consecuencias de esta nueva noción de los fundamentos de la vocación hereditaria intestada conduce directamente a considerar a la convivencia *more uxorio* como cauce idóneo para fundar la vocación sucesoria del conviviente supérstite”. De este modo, Ferrer (2017) actualiza el estudio de una temática sobre la cual se ha ocupado anteriormente y reafirma varias de sus ideas ya explicitadas al entender que

las situaciones de uniones fácticas que no ofenden la moral y las buenas costumbres, de prolongada convivencia fundadas en el afecto, la solidaridad y la asistencia mutua, crean intereses afectivos y económicos dignos de tutela jurídica, resultando injusto que los convivientes sean relegados frente a las pretensiones de parientes colaterales o del Estado, y que no puedan concurrir con descendientes y ascendientes en los primeros órdenes de la sucesión ab intestato (2019: 63).

¹² Nos referimos a la ponencia titulada “Uniones de hecho y vocación sucesoria” disponible en el link citado en el que se alojan las ponencias correspondientes a la comisión nro. 8 de sucesiones de la jornada nacional de referencia.

Por su parte y como dato de color para reforzar la interacción o diálogo ineludible entre el derecho sucesorio y el enfoque de derechos humanos que reconocen, exigen y revalorizan los artículos 1 y 2 del CCyCN, cabe destacar lo expresado en el Informe sobre “Derecho Civil Familiar y Discriminatorio en América Latina”, elaborado en el 2022 por ONU Mujeres – Oficina Regional para América Latina y el Caribe – y el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) de la Comisión Interamericana de Mujeres, bajo el marco de la Iniciativa Spotlight,¹³ en el que se recomienda

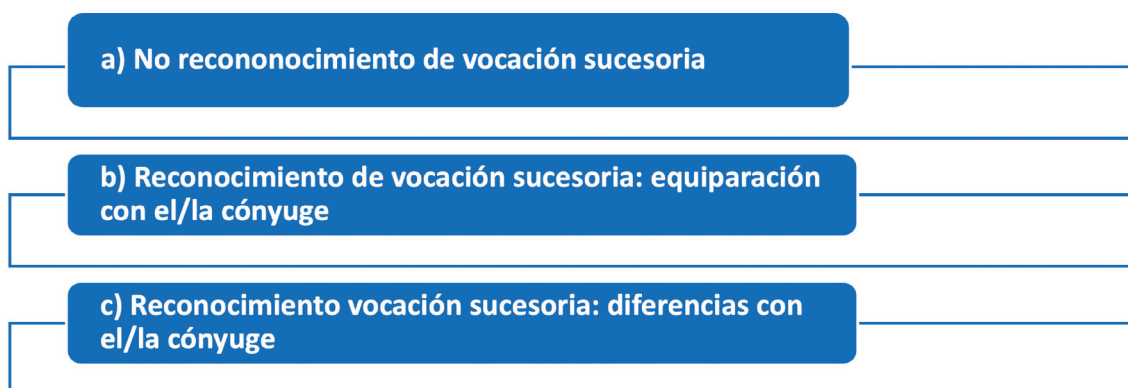
Eliminar cualquier limitación que pueda haber en la legislación de los derechos de las personas en uniones de hecho frente a los derivados de contraer matrimonio –tanto las relativas a aspectos patrimoniales, económicos y sucesorios, como las relativas a promover acciones en caso de violencia familiar–, dotando a las parejas de hecho con los mismos derechos que a las parejas bajo relaciones matrimoniales.

¿Esta equiparación respeta el derecho a la libertad y consecuente autonomía en la conformación de parejas y, en definitiva, de familias en plural?

Además de la postura abstencionista que recepta la legislación civil vigente, se observan otras propuestas de carácter intermedias que reconocen vocación sucesoria al conviviente supérstite sin caer en la igualación de derechos con el/la cónyuge. En este contexto, el panorama revisionista actual estaría representado en los siguientes gráficos.

El primero destaca cuales serían los tres grandes lineamientos o de política legislativa que se podría adoptar en la temática en estudio:

Figura N° 4.

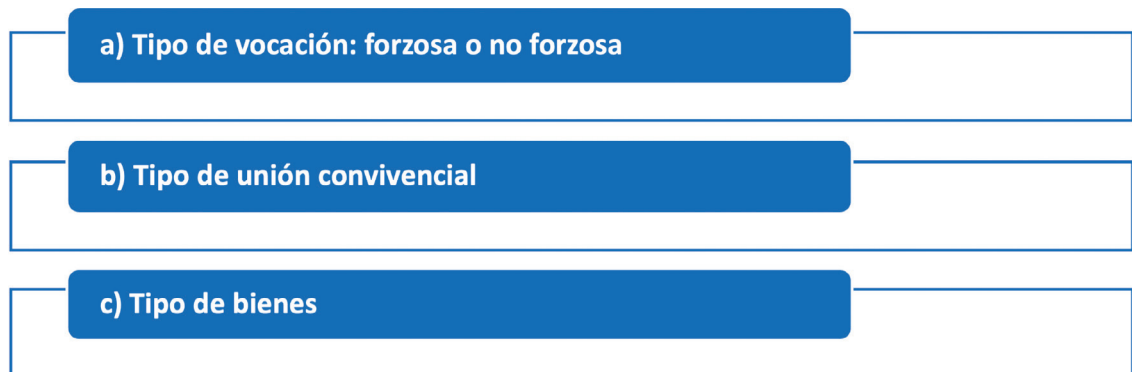


Fuente: elaboración propia.

¹³ Organización de los Estados Americanos (OEA), Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) y ONU Mujeres (2022), *Informe sobre derecho civil y familiar discriminatorio en América Latina*. Disponible en: <https://www.oas.org/es/mesecevi/docs/Informe-Derecho-Civil-y-Familiar-ESP.pdf>

El segundo se focaliza en la última postura o categoría, en el que se propone modificar el régimen legal vigente sin equiparar el/la conviviente con el/la cónyuge, es decir, la denominada postura intermedia que compromete u obliga a indagar sobre diferentes facetas:

Figura N° 5.



Fuente: elaboración propia.

Como se puede observar, el debate en estudio es de gran riqueza, no solo por los argumentos que están detrás de cada postura, sino por lo que ello significa en términos de reforma estructural del régimen de la sucesión intestada.

Veamos, el extremo opuesto a la postura que sostiene Ferrer, es decir, el mantenimiento del sistema actual que silencia o excluye a la convivencia como causa fuente de vocación sucesoria es defendido en el derecho argentino por voces cada vez más minoritarias. Es más, aquellas que se enrolan o inclinan por esta postura advierten que es posible sortear o poner en tensión tal omisión si el caso conculca o lesiona, de manera excepcional, derechos humanos. Esto lo explican Surraco y Carbonari quienes, siguiendo los postulados de Iglesias que defiende mantener regulaciones disímiles en materia de vocación sucesoria según se trate de un matrimonio o una unión convivencial, destacan que

Resulta importante aclarar que el reconocimiento de la socioafectividad como fuente de vocación sucesoria funcionará, en última instancia, cuando el/la causante no haya realizado en vida actos de protección hacia su conviviente, y esta omisión, en el caso concreto, vulnere o lesione derechos fundamentales. Se trata de una situación excepcional, que deberá considerar el juzgador en el caso concreto, para evitar caer en respuestas injustas.¹⁴

¹⁴ Surraco, M. M. y Carbonari, A. V. (2024: 264).

Ahora bien, aún las propuestas extremas –la de mantener el sistema vigente o, su opuesto, equiparar el régimen del matrimonio a las uniones convivenciales en lo atinente a la vocación sucesoria–, ambas observan algunas tensiones. Como se dijo, quienes proponen continuar con la regulación actual reconocen cierta apertura extraordinaria por imperio de la socioafectividad. Y quienes bregan por la equiparación, como lo defiende Ferrer, en su propia propuesta alude a la idea de “derechos equivalentes o similares”, debiéndose destacar que no son sinónimos, por lo tanto, no es lo mismo proponer un sistema equivalente o igual que uno similar. ¿Acaso, al referirse a la similitud no se estaría avalando la posibilidad de que haya alguna distinción entre la vocación sucesoria del cónyuge que del conviviente supérstite? ¿En qué radicaría esta diferencia o distinción para que el régimen sea similar y no equivalente? Con estos interrogantes abiertos ingresamos a analizar lo que sería la postura intermedia que también muestra varias aristas, de mayor riqueza que las otras dos posturas, que se las podría tildar de extremas, más allá de las advertencias –o flexibilizaciones– esgrimidas.

Sin duda, todos los que se enrolan en la categoría intermedia comparten –junto con Ferrer– varios de los argumentos críticos sobre la postura abstencionista que sigue el CCyCN. Al respecto, Arianna (2014: 396-397) afirma que “debió otorgarse vocación hereditaria intestada al conviviente supérstite con rango no legitimario, mediante la creación de un quinto orden hereditario, que recibirá la herencia, a falta de descendientes y ascendientes”; agrega que “El desafío actual no es, entonces, regular o no estas uniones, sino cuál debe ser el núcleo de derechos que debe asegurarse a los convivientes y cuál debe ser dejado al ámbito de su libertad. Esta cuestión constituye, obviamente, materia opinable”. En esta línea argumental se enrola Pellegrini (2019: 135-136) al aseverar que

si bien la familia requiere protección por mandato constitucional, es cierto que es necesario mantener el respeto a la autonomía expresada en el derecho a no contraer matrimonio. Ello habilita a sostener que una solución podría radicar en mantener la diferencia normativa solo en la extensión del llamamiento. Es decir, reconocer vocación hereditaria por disposición legal a los miembros de una unión convivencial, aunque con diferente rango hereditario que los cónyuges. Sin dudas y de mínima, un conviviente debería desplazar a los colaterales, aunque no se les garantizara una porción legítima. También podría diseñarse un sistema en el cual el reconocimiento de vocación sucesoria sea reservado a miembros de una unión convivencial de mayor cantidad de años que el plazo exigido para configurar una unión. Sin embargo, la cuestión de los plazos siempre provoca casos sub o sobre incluidos.

Está claro que el principal argumento que conduce como desenlace ineludible a revisar de manera crítica el sistema vigente es de carácter constitucional convencional, tal como lo exponen Zabalza, Schiro y Calá (2021) al preguntarse

si en atención a la protección constitucional de la familia y a los principios de igualdad y no discriminación, se debería otorgar vocación hereditaria ab intestato al conviviente supérstite, cuestionando en consecuencia la constitucionalidad de la exclusión de la vocación hereditaria de este.

respondiendo de manera positiva. El dilema abierto gira en torno a cuál sería la postura legislativa más acorde o equilibrada a la luz de los derechos en pugna. Una vez, la tensión ancestral entre autonomía de la voluntad y orden público se actualiza y, de este modo, muestra la centralidad que ha tenido desde sus orígenes, tanto en el diseño legislativo de las relaciones de familia como, por efecto transitivo y la íntima interacción que los envuelve, con el derecho sucesorio.

Si se tomara como termómetro de los avances y tensiones doctrinarios los debates que se desarrollan en el marco de las jornadas nacionales, también se podría ir viendo una mayor apertura y complejidad del régimen vigente.

Veamos, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, se propuso de *lege ferenda* que “Debe reformularse el sistema sucesorio argentino regulándose la vocación sucesoria del conviviente en la unión convivencial atento a la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, de no discriminación y protección integral de las diversas formas familiares”, obteniendo solo 3 votos por la positiva y una mayor porción de votos por la negativa con 2 abstenciones.¹⁵

Posteriormente, el tema volvió a estar sobre el tapete en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Santa Fe en el 2019. Nuevamente aquí la posición favorable a la regulación de la vocación hereditaria del conviviente supérstite quedó en minoría al proponerse, de *lege ferenda*, que “Con fundamento en la protección integral de la familia debe regularse la vocación hereditaria del conviviente supérstite con los mismos alcances que la reconocida al cónyuge supérstite”; tesis que obtuvo solo 3 votos a favor, 9 en contra y 4 abstenciones.

De manera más actual aún, el tema fue materia de estudio en las mencionadas XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil del 2024 en el que se advierte la mayor riqueza y profundidad en su abordaje, justamente, en el marco de una comisión dedicada al impacto de la socioafectividad en este campo del derecho. Sucede que en esta oportunidad se ensayaron diferentes propuestas, que podrían enrolarse en la categoría intermedia, que permiten dimensionar su riqueza al afirmarse que “Debe reformularse el sistema sucesorio argentino regulándose la vocación sucesoria del conviviente atento a la vigencia de los principios de protección integral de las diversas formas familiares, solidaridad familiar y socioafectividad”.¹⁶ De este modo, se esgrimen diferentes propuestas, algunas parten de la idea de que el/la conviviente supérstite es heredero/a forzoso/a y así: a) se reconoce una legítima de un 1/3 de los bienes y cuando concurre con descendientes recibe un 1/4 de la herencia y, en cambio, se divide por cabeza cuando lo es con ascendientes

15 XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1, 2 y 3 de octubre del 2014, conclusiones disponibles en <https://jndcbahiaablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-07.pdf>

16 14 votos a favor, 4 en contra y ninguna abstención.

y b) se le reconoce una legítima de 1/5 afirmándose que si concurre con descendientes y ascendientes tiene vocación hereditaria únicamente sobre los bienes adquiridos durante la unión y que, en caso de concurrencia con descendientes, tiene la misma porción que estos, y con ascendientes tiene derecho a la mitad de los bienes, y ante la falta de descendientes y ascendientes tendrían vocación hereditaria sobre toda la herencia, excluyendo a los colaterales. En cambio, otras propuestas parten de la convicción de que el/la conviviente supérstite no es heredero/a forzoso/a, y en este marco: a) reconocen vocación sucesoria solo a las convivencias registradas que tengan un plazo de convivencia mínima de 5 años o b) prevén la existencia una convivencia no menor a 4 años y así reconocerle la mitad de los bienes adquiridos a título oneroso durante la convivencia y que se encuentren a nombre del causante, excluyendo a los colaterales. Como se puede advertir, este panorama es más complejo fundado, entre otros tantos argumentos, en la incidencia que ha tenido la socioafectividad como reconocimiento de efectos jurídicos en general, y la necesidad de repensar la participación en la herencia por mandato legal en atención a las situaciones de injusticia que se pueden observar en un contexto cultural en el que las personas no testan, como bien lo señala Ferrer y lo destacan otras voces doctrinarias al afirmar que “Si bien en general puede justificarse la existencia de una normativa que excluya al conviviente de vocación hereditaria, la experiencia profesional nos ha llevado a conocer situaciones en donde la aplicación rígida de la norma implica la comisión de una grave injusticia”, y agrega:

No se me escapa que tal razonamiento puede ser atacado afirmando que conduce a una situación de inseguridad jurídica, por la falta de claridad respecto a la vigencia o no de una determinada disposición. Frente a ello puede alegarse que la realidad multifacética muchas veces es más compleja que la norma abstracta, pensada necesariamente con un criterio de generalidad. En pocas palabras, no es lo mismo una convivencia de dos años que otra de cuarenta, a los fines de evaluar la constitucionalidad de la normativa en cuestión (Arce, 2023).

¿Es posible dejar librada a la decisión judicial la constitucionalidad del régimen jurídico en materia de vocación sucesoria en atención a la falta de recepción de los convivientes supérstites? Para responder este interrogante es necesario distinguir, como bien se lo hace en las jornadas nacionales de derecho civil, las propuestas de *lege lata* y de *lege ferenda*.

Así, por un lado, ante una situación de fuerte socioafectividad y, en consecuencia, de extrema injusticia fundada en este elemento,¹⁷ podría ser viable colocar en tensión desde el obligado enfoque constitucional-convencional el régimen vigente. Por el otro, advertir la necesidad –cada vez más apremiante– de pensar y elaborar una reforma legislativa que visibilice a las uniones convivenciales en el campo del derecho sucesorio.

17 Al respecto, es interesante traer a colación la propuesta de *lege lata* esgrimida en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil por el cual se sostiene que “El sistema sucesorio argentino es aplicable al conviviente supérstite cuando su omisión lesione derechos fundamentales atento a que la solidaridad familiar y socioafectividad constituyen los fundamentos más relevantes de la vocación sucesoria erigiéndose ambos en fuente del llamamiento hereditario” y contó con 5 votos a favor, 13 votos en contra y ninguna abstención.

Focalizada en esta segunda faceta, aquí nos enrolamos con la denominada categoría o postura intermedia, considerando la impertinencia de equiparar al régimen del matrimonio fundado, básicamente, en que el derecho hereditario no formaría parte del piso o núcleo mínimo de derechos humanos al involucrar cuestiones eminentemente de tinte patrimonial. Desde esta óptica, la revisión crítica en torno a la postura legislativa abstencionista actual no implicaría, de manera inexorable, reconocer a los convivientes como herederos forzosos sino, y a diferencia de los cónyuges, ser herederos no forzosos en un orden anterior al de los colaterales, fundado, justamente, en la convivencia como elemento clave o de peso dentro de la noción de socioafectividad. A nuestro entender, esta sería una decisión de política legislativa equilibrada que respetaría todos los intereses involucrados y no desentonaría con la sistémica que recepta el CCyCN.

Como cierre de este apartado cabe traer a colación un precedente que sintetiza el estado del arte sobre el entrecruzamiento entre uniones convivenciales y herencia en el derecho argentino y muestra cómo el debate en análisis se empieza a hacer sentir en la jurisprudencia nacional. Se trata de un caso que al momento de redactar el presente ensayo no tiene resolución firme porque se encuentra a estudio en la Alzada, lo cierto es que en primera instancia se rechazó el planteo incoado por una conviviente supérstite para que se le reconozca vocación sucesoria que excluya al orden de los colaterales.

Como punto de partida, vale reconocer la valentía de la abogada al animarse a poner en crisis el régimen vigente que es elocuente o tajante al no otorgar vocación sucesoria al conviviente.

Nos referimos al caso resuelto por el Juzgado Civil, Comercial y de Conciliación de Bell Ville, Córdoba, del 10/06/2024¹⁸ en el que una mujer deduce incidente de exclusión de vocación hereditaria contra los parientes hasta el cuarto grado del causante fundado en que “hasta su deceso los unió un noviazgo y posterior convivencia de 17 años de duración” y que

quedó en situación de vulnerabilidad patrimonial toda vez que no llegó a instituir la testamentariamente como su única heredera universal, lo que era su voluntad, inclusive, manifestada verbalmente. En su parecer, el causante no logró tal cometido por sus indudables ganas de vivir, lo que se contradecía con el dictado de su última voluntad.

En este marco, peticona

la declaración de inconstitucionalidad del art. 2424 del CCCN que excluye al conviviente supérstite como heredero legítimo en franca violación del derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria (art. 16 CN y art. 26 Convención Americana sobre Derechos Humanos), a la protección integral de la fami-

¹⁸ Juzgado Civil, Comercial y de Conciliación de Bell Ville, Córdoba. 10/06/2024. “S., E. W. s/declaratoria de herederos s/incidente”. Cita: TR LALEY AR/JUR/96575/2024.

lia (art. 14 bis CN y art. 17 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y a principios y valores jurídicos como el de equidad.

El juzgado rechaza el incidente de exclusión fundado, básicamente, en los siguientes argumentos:

- “que la normativa impugnada, esto es, el art. 2424 del CCCN, no lesiona derecho constitucional alguno, resultando razonable la disposición prevista en la misma. Más aún, el tribunal no considera que la no inclusión del/la conviviente dentro del elenco de herederos llamados a suceder (vocación hereditaria) entre en pugna con el derecho de igualdad (art. 16 CN) o, que resulte discriminatorio o irrazonable (art. 28 CN), o que se viole el principio de solidaridad familiar y la protección integral de la familia, y tampoco que se oponga a los Tratados Internacionales (art. 75 inc. 22 CN)”.
- “el principio de igualdad consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional no exige dar el mismo tratamiento jurídico a los distintos modelos de familia, y precisamente ese distinto tratamiento se proyecta en los diferentes efectos jurídicos que generan por un lado la unión convivencial, y por otro la unión matrimonial. Así, ambos institutos presentan características particulares que determinan su fisonomía diferenciada, lo que permite distinguir uno de otro, y también distinguirlos de otras relaciones similares que pueden existir, como ser la relación circunstancial o pasajera”.
- “a los fines de responder a los lineamientos establecidos en los tratados internacionales se debe garantizar el derecho a contraer matrimonio y el derecho a no hacerlo. Precisamente, de esta garantía de libertad de casarse o no casarse se derivan las distintas consecuencias que la ley prevé”.
- “la distinción entre la unión convivencial y el matrimonio también se proyecta en forma particular en la esfera del derecho sucesorio [...] se debe considerar que la muerte de uno de los convivientes (art. 93 CCCN) hace cesar la unión convivencial y en consecuencia todos sus efectos. Sin embargo, el integrante de la una unión convivencial goza de la potencialidad de asumir la vocación testamentaria si el otro conviviente lo instituyera heredero, como asimismo puede resultar beneficiario de legado o manda testamentaria”.
- “la no inclusión del/la conviviente dentro del elenco de los llamados a suceder al causante en razón de su deceso, obedece a una clara decisión de política legislativa en diferenciar las uniones convivenciales de los matrimonios, instituciones que, si bien merecen resguardo y reconocimiento legislativo con la sanción del CCCN, también fueron objeto de distinto tratamiento por el legislador en virtud de acordar a los implicados libertad en la opción de los efectos de sendas figuras”.

Por lo tanto, citándose un precedente dictado por la Sala 4ta de la Cámara Civil y Comercial de Corrientes del 19/04/2013,¹⁹ se concluye que “el conviviente no tiene vocación hereditaria *ab intestato*, y, como lo expresa la jurisprudencia, no está legitimado para iniciar el juicio sucesorio del que fuera en vida su pareja para reclamar su participación en los bienes del causante”.

¹⁹ Cámara Civil y Comercial, sala 4ª, Corrientes. 19/04/2013. “S. B. A. C. y S. B. J. F. s/sucesión ab intestato”. Cita: MJ-JU-M-78948-AR | MJJ78948. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/06/la-relacion-de-concubinato-por-mas-de-veinte-anos-no-otorga-vocacion-hereditaria/>

¿Cómo se podrían corregir este tipo de situaciones de clara injusticia a la luz de la noción de socioafectividad? Con una reforma legal. ¿Mientras tanto? El debate doctrinario y jurisprudencial seguirá abierto en atención a la resolución de “Los casos” como arranca diciendo la legislación civil y comercial; en especial, en aquellos supuestos en los que la plataforma fáctica y jurídica encierran una fuerte tensión entre el o la conviviente supérstite en relaciones afectivas sostenidas durante varios años y, del otro lado, no haya herederos, sino que se encuentre el fisco al tratarse de un supuesto de herencia vacante o también, ante la existencia de parientes colaterales hasta el cuarto grado. Precisamente, si la clave para otorgar derechos gira en torno a la noción de socioafectividad, el o la conviviente observaría un lazo afectivo más profundo basado en la convivencia de los parientes colaterales hasta el cuarto grado. Por lo tanto, en este último supuesto sería viable analizar la constitucionalidad-convencionalidad del régimen vigente que excluye de la sucesión intestada a los convivientes, tal como se deja planteado en el caso cordobés recientemente sintetizado.

Socioafectividad, vocación sucesoria y familia ensamblada

Es sabido que la noción de familias en plural compromete el reconocimiento de una gran cantidad de formas de organización y de vivir en familia, tal como se deriva de la protección integral de la familia que recepta el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y reafirmado por tantísima jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, al interpretar el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sostiene que

en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo ‘tradicional’ de la misma [...] el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.²⁰

Siguiéndose esta lógica, el CCyCN regula en un capítulo especial o propio –capítulo 7 del Título VI del Libro Segundo– los “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines” que compromete a las denominadas familias ensambladas en el marco de un matrimonio o de una convivencia que puede o no configurar una unión convivencial (arts. 672 a 676). Como se puede advertir, se recepta una noción amplia saliéndose de la idea de parentesco por afinidad en primer grado, cuestión que solo se configura ante la existencia de un matrimonio (art. 536). En este marco, el núcleo central de este reconocimiento jurídico gira en torno, precisamente, de la noción de convivencia que, como ya se ha destacado, se encuentra directamente vinculado a la socioafectividad.

20 Corte IDH. 04/02/2012. “Atala Riffo y niñas vs. Chile”.

Un replanteo similar acontece no en términos horizontales como son las relaciones de pareja, sino en lo relativo al vínculo entre progenitores e hijos/as, en este caso, de los afines que se conoce bajo el término de familia ensamblada.²¹

¿Es constitucional-convencionalmente válido la falta de vocación hereditaria entre progenitores e hijos afines? En caso de que se esté en favor de esta ampliación en el elenco de posibles herederos, ¿qué papel cumple la socioafectividad? Se trata de indagar, entre otras cuestiones, si para que opere dicha vocación debe existir convivencia entre el progenitor y el/la hijo/a afín al momento del fallecimiento de alguno de estos. ¿Convivencia o socioafectividad? Siendo que estos no son sinónimos. ¿Acaso, la ruptura de los adultos podría no influir en la relación afectiva entre los que fueron hasta ese momento hijo/a y progenitor/a afín? Como se puede apreciar, son varios y de compleja entidad los debates que genera repensar el derecho sucesorio desde la socioafectividad. Aquí solo se dejan explicitados algunos para ser retomados y ampliados en otra oportunidad, siendo pertinente dimensionar las tensiones abiertas y contemporáneas que se derivan de repasar el derecho sucesorio desde la noción de socioafectividad que, no es más ni menos, que verse atravesado por la noción de familias en plural por imperativo constitucional-convencional.

Así, el derecho sucesorio de hoy se anima –en buena hora– a preguntarse, como lo hace Dutto (2022: 460-461), si “¿Pueden existir derechos hereditarios sobre la base de la socioafectividad, prescindiendo de la voluntad legal o del testador?”; respecto a lo cual considera este autor que

La doctrina especializada comenzó a manifestarse favorablemente al interrogante, con el fundamento de las profundas transformaciones acaecidas en el derecho de las familias en los últimos años, con innegable repercusión en el derecho sucesorio, señalando la solidad familiar y el afecto presunto del causante como fuente de vocación sucesoria, sin que esa solidaridad y ese lazo afectivo se presuman a partir de un vínculo de consanguinidad o de un vínculo jurídico, sino que por el hecho mismo de la comunidad de vida, de los vínculos afectivos y de la solidaridad que se genera.

Al respecto, nuevamente Ferrer (2019) se ha interesado por esta interacción temática en análisis defendiendo el reconocimiento de vocación hereditaria entre progenitores e hijos/as afines, destacando que esta cuestión

no fue objeto de atención por el legislador, no obstante que en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, celebrado en Mendoza en septiembre de 1998, se propuso la creación de un nuevo orden sucesorio entre el cónyuge o conviviente y los hijos del otro (Comisión 4, Diversas formas familiares, II).

21 Para profundizar sobre este cruce temático se recomienda compulsar Pérez Gallardo, L. B. (2011) y Pérez Gallardo, L. B. (2019).

En esta línea se afirma: “Coincidimos con esta postulación porque su concreción importará cumplir el mandato constitucional de proteger integralmente a la familia (art. 14 bis, 3º párr., CN), y se dará satisfacción a justos requerimientos y aspiraciones de los integrantes de estas uniones, según lo ha puesto de manifiesto Cecilia Grosman”; se agrega que

Es cierto que el padre afín podría testar o adoptar al hijo/a afín (art. 630 y ss., Cód. Civil y Comercial argentino), pero si por el motivo que fuere no se han dado alguna de esas alternativas, tendría que operar la vocación sucesoria ab intestato. Posiblemente, no corresponda atribuir la misma porción hereditaria que corresponde al hijo biológico, pero tampoco es justo que si el fallecido no testó ni adoptó al hijo o hija del cónyuge, este no reciba ninguna cuota del acervo sucesorio.

Estos planteos críticos son de sumo interés, básicamente, porque permiten revisar gran parte de los cimientos sobre los que se han edificado el derecho sucesorio argentino. Ahora bien, ello implica zambullirse en una lógica más propia de las relaciones de familia, es decir, abierta y flexible, en contraposición con la rigidez propia que ha observado y aún observa el derecho sucesorio hasta nuestros días. ¿Es posible trasladar tal apertura o porosidad al derecho sucesorio? Este es, en definitiva, uno de los interrogantes más álgidos que trae consigo colocar a la socioafectividad en el centro de la escena, el cual no solo compromete a las relaciones de pareja que no pasan por el registro civil, sino también a las relaciones paternas y maternas que no se arraigan, preferentemente, en el vínculo filial sino en el afecto.

Socioafectividad, vocación sucesoria y filiación adoptiva

Adopción simple

Bajo la legislación civil hoy derogada se hizo un planteo para que una sobrina adoptada en forma simple heredara a su tía. Para poder comprender el conflicto sociojurídico suscitado y dimensionar la centralidad que tuvo la socioafectividad, es necesario recordar que la adopción simple solo genera vínculo filial entre adoptante y adoptado, no así entre este último y la familia de la adoptante. En este marco, el interrogante a dilucidar era si una sobrina podía suceder a la tía en el marco de una adopción simple en el que, por principio, no hay vínculo filial de parentesco, pero se había demostrado un fuerte vínculo afectivo entre ambas. Cabe agregar que aquí quien se opone al reconocimiento de este lazo afectivo como elemento central para poder heredar fue el fisco, es decir, el Estado provincial al tratarse de una “herencia vacante” al considerar –eso es lo que estaba en debate– que no había personas capaces para heredar.

Nos referimos al caso resuelto en la Alzada por la Cámara Civil y Comercial de General Roca, Río Negro en fecha 12/06/2018.²² Aquí el Estado provincial reclamaba como vacantes los bienes de una sucesión para así desplazar a la pretensa heredera vinculada con la hermana del causante mediante una adopción simple. Por mayoría, los magistrados consideraron que tal desplazamiento era

incompatible con el mandato constitucional de proteger la familia –art. 31 de la Constitución de la Provincia de Río Negro–, toda vez que importa desconocer que es hija de uno de los componentes de la familia, habiéndole brindado los hermanos de ésta trato familiar y más grave aún, impidiendo que dicha familia se proyecte en su persona para cumplir los fines no solo económicos, sino también sociales y culturales.

Por el contrario, el voto minoritario adopta una postura legalista clásica al considerar que “La pretensa heredera, vinculada con la hermana del causante mediante una adopción simple, carece de vocación hereditaria, toda vez que el afecto con su tío no es fuente de atribución de vocación sucesoria –arts. 333/334 y 3551 del Código Civil–”. Esta sentencia fue apelada y la sala Civil, Comercial y de Minería del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro en fecha 25/06/2019 revoca y por mayoría sostiene que

Quién fue adoptada en forma simple no puede heredar al hermano de su madre adoptiva premuerta, porque carece de la vocación hereditaria frente al causante de acuerdo a las disposiciones de los arts. 329, 333, 334 y 3551 del Código Civil –vigente al momento del fallecimiento–, ya que este tipo de adopción no la emplaza en el carácter de sobrina y, por lo tanto, no puede heredar por representación a su madre, debiéndose declarar vacante la herencia.

De esta forma, la postura amplia que revaloriza la socioafectividad queda en minoría entendiendo que

La sobrina adoptiva, por adopción simple, del causante tiene vocación hereditaria, atento a la protección de la institución de la familia observado en el bloque de constitucionalidad federal; más si no se está ante un supuesto conflicto con otros herederos familiares, sino con el Estado, que reclama que la sucesión se reputa vacante.

Lamentablemente, el caso no fue dirimido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en fecha 26/11/2020 rechazó el recurso extraordinario planteado por cuestiones formales. Hubiera sido

²² Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca, 12/06/2018, “B., E. P. s/ sucesión ab intestato”, Cita: TR LALEY AR/JUR/33050/2018.

una muy buena oportunidad para que la máxima instancia federal profundizara sobre el lugar de la socioafectividad en un ámbito más estructurado como lo es el derecho sucesorio. En otras palabras, aquí razones formales impidieron profundizar sobre cuestiones de fondo que compromete interesantes tensiones constitucionales-convencionales.

La mirada crítica que se comparte es seguida por la dupla autoral Ferrer y Gutierrez Della Fontana (2020), quienes se inclinan en favor de la postura minoritaria de la máxima instancia judicial rionegrina, que confería vocación sucesoria a la sobrina del causante, no obstante lo dispuesto por el artículo 329 del Código Civil,

pues ni la norma ni el legislador previeron sus consecuencias injustas en relación con el concreto caso excepcional planteado, por lo cual en esa senda interpretativa se apartó de una aplicación literal y mecánica del precepto y, acudiendo al principio de protección integral de la familia consagrado en normas constitucionales y en los tratados internacionales de los derechos humanos, e implícitamente fundándose también en los principios de solidaridad y equidad, se decantó por la confirmación de la justa sentencia de Cámara, que la mayoría, con errada hermenéutica, descalificó.

Adopción post mortem

La tríada socioafectividad, vocación sucesoria y adopción está también muy presente en un precedente de la máxima instancia federal de fecha 26/09/2012.²³ Se trata de una mujer que fallece teniendo a su cargo un niño en guarda para adopción. Tras este hecho, la Defensora de Menores solicita como medida autosatisfactiva se lo declare hijo adoptivo de aquella. En el proceso sucesorio se presenta la hermana de la causante y tutora del niño, en una doble representación: del niño en su carácter de heredero forzoso y por derecho propio como heredera instituida. Por su parte, los padres de la causante solicitaron la nulidad de la adopción en atención a que se carecía de la correspondiente sentencia que reconociera el vínculo filial adoptivo y, por ende, entendían que estos debían ser declarados herederos en su carácter de ascendientes. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Entre Ríos hace lugar al desplazamiento y el Defensor General local dedujo recurso extraordinario que, al ser denegado, dio origen a la queja. La Corte revoca la sentencia y mantiene lo resuelto en primera instancia fundado, básicamente, en que

No resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia, que produce como consecuencia -entre otras que no han sido evaluadas por el a quo- la desvinculación del menor A. respecto de quien en vida lo ha cuidado en sus primeros años de existencia generando un vínculo mater-

23 CSJN. 26/09/2012. "M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos". Cita: TR LALEY AR/JUR/48008/2012.

no-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no solo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como 'mi hijo' en uno de sus testamentos ológrafos.

Más allá del argumento jurídico por el cual la adopción tiene efectos retroactivos al otorgamiento de la guarda que receptaba el código derogado que se encontraba vigente al resolver esta contienda y se mantiene en la legislación actual (art. 618), la demostración de la posesión de estado de hijo, es decir, la socioafectividad, fue un elemento contundente para resolver del modo en que se lo hizo en favor de la filiación adoptiva y, por ende, de la vocación sucesoria.

Precisamente, para poder evaluar en cada caso la existencia o no de socioafectividad y de redes de contención familiar ante el fallecimiento de un/a guardador/a para adopción, el CCyCN no alude de manera precisa a este excepcional supuesto de adopción post mortem unipersonal, y solo lo hace en materia de adopción conjunta post mortem (art. 605).

Brevísimas palabras de cierre

Como lo ha dicho el recordado José Martí: "Hacer es la mejor manera de decir". Sin duda, el Código Civil y Comercial ha sido un gran hacer; un hacer con un fuerte compromiso en clave de derechos humanos que se animó a revisar una legislación tradicional, conservadora, autoritaria y elitista. Un hacer que demostró que solo vale decir o todo lo que se debe decir a partir de este hacer tiene sentido y validez jurídica si lo es desde ese enfoque.

En esta lógica de revisión crítica permanente en un camino marcado por la ampliación de derechos en términos de igualdad y no discriminación, con autonomía y libertad bajo las nociones de solidaridad y responsabilidad, queda claro que en estos primeros diez años de la legislación civil y comercial la socioafectividad ha venido a revitalizar y actualizar las tensiones, desafíos y debates del derecho sucesorio contemporáneo. Esto no solo muestra y actualiza la interacción entre el derecho de las familias y el derecho sucesorio, sino que, además, reafirma la centralidad que ostenta el enfoque de derechos humanos tal lo establecen los artículos 1 y 2 del CCyCN como paraguas interpelante de ambas ramas del derecho civil. Precisamente, la socioafectividad como elemento fáctico con importantes consecuencias jurídicas, es hábil para desestabilizar –en buena hora– miradas tradicionales del derecho sucesorio.

En este marco, los primeros diez años de vigencia de la legislación civil y comercial permite advertir la centralidad de la socioafectividad como elemento de fuerte impacto o incidencia en la morfología actual de las relaciones de familia y, como era de presumir, también ha aterrizado en el campo del derecho sucesorio con la misma entidad para mover el *statu quo*. En otras palabras, la mayor flexibilización, porosidad y amplitud del concepto de familias –en plural– auspiciado por el obligado enfoque constitucional-convencional (arts. 1 y 2, CCyCN) ha dinamizado los cimientos sobre los cuales se edifica el régimen sucesorio a tal punto de poner en tensión la regulación vigente en temáticas fundamentales de la sucesión intestada como lo es la vocación y el orden sucesorio.

En suma, parafraseando a Einstein, “la medida de la inteligencia es la capacidad de cambiar”; sin lugar a duda, la socioafectividad constituye uno de los elementos clave también del derecho sucesorio para evaluar nuestra capacidad y valentía de cambiar, de mirar realidades cada vez más complejas en un mundo revuelto.

Referencias bibliográficas

- Arianna, C. A. (2014). *Uniones de hecho y derecho sucesorio*. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. *Uniones de hecho*, (3), 396-397. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- Arce, F. M. (4 de agosto de 2023). *La vocación hereditaria del conviviente en el Código Civil y Comercial: ¿una laguna axiológica?* *LA LEY*, (4).
- Beguiristain, C. D. y Fonollosa, R. (julio de 2023). *La prohibición legal frente a la realidad socioafectiva: análisis crítico de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre las guardas de hecho*. *Rubinzal Online*, 346/2023.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de General Roca. 12/06/2018. “*B., E. P. s/ sucesión ab intestato*”. TR LALEY AR/JUR/33050/2018.
- Cámara Civil y Comercial, sala 4ª, Corrientes. 19/04/2013. “*S. B. A. C. y S. B. J. F. s/sucesión ab intestato*”. MJ-JU-M-78948-AR | MJJ78948. Recuperado de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/06/06/la-relacion-de-concubinato-por-mas-de-veinte-anos-no-otorga-vocacion-hereditaria/>
- Comisión nro. 8 sobre sucesiones de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. (2024). Recuperado de <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/09/Comision-8-Sucesiones-1.pdf?x46810&x46810>
- Corte IDH. 16/11/2009. “*Campo Algodonero vs. México*”.
- Corte IDH. 09/03/2018. “*Ramírez Escobar y otro vs. Guatemala*”.
- Corte IDH. 02/11/2021. “*Manuela y otros vs. El Salvador*”.
- Corte IDH. 04/02/2012. “*Atala Riffó y niñas vs. Chile*”.
- CSJN. 11/09/1986. “*M., J.H. v. Ferrocarriles Argentinos*”. TR LALEY 60003348.
- CSJN. 26/09/2012. “*M. d. S., R. y otra s/ordinario s/nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos*”. TR LALEY AR/JUR/48008/2012.
- Dutto, R. J. (2022). *Socioafectividad y derechos*. Buenos Aires: Astrea.
- Ferrer, F. A. M. (2019). *Sucesión del conviviente*. DFyP 2017 (noviembre), 150, LA LEY 22/05/2018, 1, LA LEY 2018-C, 727. TR LALEY AR/DOC/2650/2017.
- Ferrer, F. A. M. (2019). *Solidaridad y vínculo afectivo como fuente de la vocación sucesoria*. RCCyC 2019 (diciembre), 63. TR LALEY AR/DOC/3555/2019.
- Ferrer, F. A. M., y Gutiérrez Dalla Fontana, E. M. (2020). *Vocación hereditaria de la adoptada simple. Un caso crítico y una resolución injusta*. RCCyC 2020 (febrero), 124. TR LALEY AR/DOC/4071/2019.

- Juzgado Civil, Comercial y de Conciliación de Bell Ville, Córdoba. 10/06/2024, “S., E.D.W. s/ declaratoria de herederos s/ incidente”. Cita: TR LALEY AR/JUR/96575/2024.
- Herrera, M. (2021). *Socioafectividad, infancias y adolescencias: ¿de lo clásico a lo extravagante?* En S. Fernández (dir.), *Tratado de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes* (pp. 445-487). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Herrera, M. (2024). *Repensar el derecho sucesorio desde el prisma constitucional-convencional*. En M. Iglesias (dir.), *El derecho sucesorio en perspectiva transversal* (pp. 3 y ss.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley-Thomson Reuters.
- Herrera, M. (dir.). (2025). *Manual de Sucesiones* (p. 1 y ss.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot-Thomson Reuters.
- Herrera, M. (2024). *La socioafectividad en el Código Civil y Comercial argentino: una vinculación tan compleja como rupturista*. En F. Lathrop (dir.), *Perspectivas globales sobre el derecho de familias. Actas del Congreso Internacional de Derecho de Familias 2023* (pp. 13-40). Valencia: Tirant lo Blanch / Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile.
- Herrera, M.; De la Torre, N. y Beguiristain, C. D. (2022). *Socioafectividad, guarda de hecho y entramado penal: perspectiva crítica*. Rubinzal Online, 702/2022.
- Herrera, M. y De la Torre, N. (11 de octubre de 2022). *Socioafectividad como criterio fundante para el reconocimiento de la triple filiación en la Argentina. A 7 años del Código Civil y Comercial de la Nación: ¿Regulación o eliminación de la prohibición?* Recuperado de <https://colectivoderechofamilia.com/socioafectividad-como-criterio-fundante-para-el-reconocimiento-de-la-triple-filiacion-en-la-argentina-a-7-anos-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-regulacion-o-eliminacion-de-la-prohibic/>
- Iglesias, M. (2024). *El derecho a heredar a partir de un vínculo socio-afectivo desde una perspectiva constitucional-convencional*. En M. Iglesias (dir.), *El derecho sucesorio en perspectiva transversal* (pp. 45 y ss.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley-Thomson Reuters.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2021). *Socioafectividad, interés superior del niño y multiculturalismo*. RDF, 98, 17. TR LALEY AR/DOC/60/2021.
- Muñoz Genestoux, R. (2020). *Adopción de integración: un reconocimiento jurídico de la socioafectividad*. Rubinzal Online, 391/2020.
- Miller, G. (2021). *Modificación de prenombre o apellido: valoración de los justos motivos a la luz del principio de socioafectividad*. Rubinzal Online, 787/2021.
- Molina de Juan, M. F. (2021). *Socioafectividad, interés superior del niño y el nombre de las personas*. RDF, 98, 116. TR LALEY AR/DOC/44/2021.
- Moreira, M. C. (2022). *De la socioafectividad y su irrupción en el derecho de las familias. A propósito de un caso de delegación de la responsabilidad parental*. RDF, 2022-VI, 211. TR LALEY AR/DOC/3036/2022.
- Organización de los Estados Americanos (OEA) Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) y ONU Mujeres (2022). *Informe sobre derecho civil y familiar discriminatorio en América Latina*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/Informe-Derecho-Civil-y-Familiar-ESP.pdf>

- Pellegrini, M. V. (2019). *Regulación de las uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación*. RDE, 92 (noviembre) (pp. 135-136). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pérez Gallardo, L. B. (2011). *Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión 'ab intestato': ¿una ecuación lineal?* *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, (7), 163 y ss. La Ley.
- Pérez Gallardo, L. B. (2019). *Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestato en pos de superar trazos hematológicos*. *Revista de Derecho Privado y Comunitario: Sucesiones II*, Vol. 2019-1. Rubinzal Culzoni.
- Pérez Gallardo, L. B. (2023). *El impacto del Código de las Familias en la reforma a las normas de la sucesión ab intestato del Código Civil cubano. La teoría de los vasos comunicantes*. RDE, n.º 112, 5. TR LALEY AR/DOC/2304/2023.
- Salituri Amezcua, M. y Videtta, C. A. (2021). *La interseccionalidad de tres principios del contemporáneo derecho de las familias: socioafectividad, interés superior del niño y perspectiva de géneros*. RDE, n.º 98, 71. TR LALEY AR/DOC/48/2021.
- Salituri Amezcua, M., Silva, S. A., Videtta, C. A., y Notrica, F. P. (2022). *El impacto de la socioafectividad en la guarda judicial y en la delegación de la responsabilidad parental*. Rubinzal Online, 697/2022.
- Seba, S. C. (2022). *Las fuentes filiales normativamente reguladas de modo expreso y el debate en torno a la socioafectividad como una nueva fuente*. RDE, 2022-V, 133. TR LALEY AR/DOC/2602/2022.
- Surraco, M. M. (2023). *Socioafectividad y vocación hereditaria: afectos y efectos en el derecho sucesorio*. RDE, 112, 102. TR LALEY AR/DOC/2310/2023.
- Surraco, M. M. y Carbonari, A.V. (2024). *Socioafectividad como fuente de vocación hereditaria*. En M. Iglesias, *El derecho sucesorio en perspectiva transversal* (pp. 255 y ss). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot-Thomson Reuters.
- XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 1, 2 y 3 de octubre del 2014. *Conclusiones*. Disponible en: <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-07.pdf>
- XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 7, Familia (2022). Disponible en: <https://www.saij.gob.ar/seminarios-jornadas-conclusiones-congresos-conclusiones-xxviii-jornadas-nacionales-derecho-civil-realizadas-mendoza-dias-22-23-24-septiembre-2022-comision-7-familia-socioafectividad-incidencia-interes-superior-ninos-ninas-adolescentes-dacf220058-2022-11-24/123456789-0abc-defg8500-22fcanirtcod?&co=11&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20civil%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor/SEMINARIOS%20Y%20JORNADAS%20CONCLUSIONES%20DE%20CONGRESOS%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=61>
- Zabalza, G., Schiro, M. V., y Calá, M. F. (2021). *Uniones convivenciales. Dilemas que plantea su regulación. Inclusión de la vocación hereditaria del conviviente supérstite*. SJA, 21/07/2021, 3. TR LALEY AR/DOC/1587/2021.

Código y caverna

Ficciones jurídicas entre Žižek, Platón y la máquina



Oswaldo Nan*

Resumen

Este pequeño ensayo propone un cruce filosófico entre la alegoría de la caverna de Platón, la estética distópica de *Matrix* y las teorías contemporáneas de la filosofía del derecho, donde referenciaremos a Hans Kelsen, H.L.A. Hart, Ferrajoli y en particular a Enrique Marí a través del concepto de ficción jurídica. Analizaremos cómo el derecho opera no como simple reflejo de lo real, sino como una estructura simbólica que produce sentido, subjetividad y obediencia. El texto rastrea la evolución del derecho como dispositivo de poder que, lejos de requerir imposición, se sostiene en una creencia performativa, institucional y afectiva. Abordaremos, desde Slavoj Žižek, la figura del “Gran Otro” lacaniano y la obediencia cínica como claves para comprender la maleabilidad del sujeto contemporáneo, atrapado en ficciones legales que ya no ocultan su artificio, sino que funcionan gracias a él.

En su tramo final, el ensayo confronta esa arquitectura simbólica con el límite radical que impone la masacre real: el genocidio del pueblo palestino. Allí donde la ficción jurídica debería interrumpir la barbarie, se revela como mascarada impotente, o incluso cómplice. Ese paso (del simulacro a la sangre) deja al descubierto la dimensión obscena del derecho moderno, y exige una ética del lenguaje que no encubra la violencia, sino que *la denuncie sin mediaciones rituales*. La conclusión invoca una

* Abogado; director adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM y responsable de su revista digital FiloCAM; ex docente del Dpto. de Filosofía de la Facultad de Derecho UBA; ex docente de la Escuela de Gobierno dependiente del INAP; ex director del Instituto de Derecho Municipal del CAM. Docente de la UNPAZ.

justicia derrideana: aquella que no se confunde con la legalidad, pero que la atraviesa como grieta crítica, como promesa y resto.

Prólogo en penumbra: de la caverna a la pantalla

Pocas disciplinas han desarrollado un aparato simbólico tan minucioso y autoafirmativo como el derecho. Desde la codificación romana hasta los sistemas constitucionales modernos, él se nos presenta como una arquitectura racional, estable, autosuficiente, pero detrás de ese espejo de cristal normativo, persiste una inquietante pregunta: ¿qué sostiene verdaderamente su legitimidad? ¿Qué nos lleva a obedecer, aun sabiendo (o sospechando) que su fundamento último es una construcción arbitraria? Por esa vacilación central, es que el cruce entre filosofía, teoría del derecho y cultura crítica se nos vuelve fértil.

A veces, la historia del pensamiento parece girar en torno a un gesto mínimo: un giro de cabeza, ese instante en que alguien decide dejar de contemplar las sombras en la pared y voltear hacia la fuente real de la luz. Encadenados por un sistema que nos excede, creemos mirar lo real mientras observamos solo sombras proyectadas. Platón instruía que la verdad no se revela sin violencia, y necesita que seamos arrancados del lugar de comodidad y forzados a mirar la luz directa del sol, porque: *el precio de la verdad es la herida de la mirada.*

Hoy, sin embargo, esa mueca platónica ha sido invertida, porque ya no se trata de salir de la oscuridad hacia la luz. El problema contemporáneo, tal como se despliega en la película *Matrix* de las hermanas Wachowski, es que hay demasiada luz. Exceso de imágenes, de discursos, pantallas y de simulaciones no nos conduce a la verdad, sino a una saturación que ciega más que cualquier caverna. Lo que alguna vez fue sombra, ahora se ha transformado en una luminosidad anestésica, una sobredosis de realidad mediada.

La pregunta, entonces, ya no es cómo alcanzar la verdad, sino cómo distinguirla en medio del brillo constante que la cubre. Al interior de este nuevo régimen simbólico, la verdad se diluye en la transparencia aparente de lo visible. El sujeto ya no está encadenado, sino distraído. Ya no sufre por la escasez de luz, sino por su sobreabundancia. Lo inquietante no es que no podamos ver, sino que vemos demasiado, y a la vez sin ver nada.

En esta nueva caverna invertida, el derecho ocupa un lugar central. No como una mera herramienta técnica, sino como un entramado simbólico que organiza la experiencia de lo real. Como bien señala el filósofo argentino Enrique Marí, el derecho no es un conjunto de normas externas al sujeto, sino una ficción fundante, un orden de lenguaje que produce realidad. No regula simplemente lo que ocurre, sino que lo estructura, lo posibilita, lo nombra y lo excluye (Marí, 1986: 93-111).

Así como *Matrix* produce una ilusión de mundo para mantener el orden de las máquinas, el derecho en su forma moderna genera una ilusión de justicia que sostiene la estructura del poder. No se trata de una conspiración, sino de una forma más sofisticada de dominación, que ya no se impone desde fuera, sino que habita en los códigos, en las formas, en las convenciones aceptadas.

De ahí que, en este texto, estemos proponiendo un cruce entre tres dimensiones: el mito de la caverna, la estética filosófica de *Matrix* y la teoría general del derecho. En ese cruce, lo que se juega es la estructura misma de lo visible y de lo decible, es decir, el modo en que el poder se sostiene no solo en la fuerza, sino en la ficción.

Derecho, ficción y performatividad: una genealogía crítica

El derecho se presenta, desde sus discursos clásicos, y particularmente los positivismos, como una arquitectura racional, estable, autosuficiente. Como si pudiera ser reducido a técnica normativa, despojada de ideología, neutral frente al conflicto. Pero tras ese espejo, bajo su superficie pulida de formalidad, late una pregunta que lo desborda. ¿Qué sostiene verdaderamente su legitimidad? ¿Qué lo hace funcionar, más allá de su forma?

Un intento extremo de depuración formal del derecho fue el de Hans Kelsen, quien construyó una teoría supuestamente *pura*, exenta de consideraciones éticas, políticas o sociológicas. En ella, el orden jurídico no se justifica por su contenido, sino por su validez estructural, que se asienta necesariamente en una norma suprema.

En sus primeras formulaciones, esta norma superior, llamada *Grundnorm*, era una hipótesis trascendental, de raíz neokantiana; no positiva, no empírica, pero sí necesaria para conferir validez al sistema normativo. Pero hacia el final de su vida, Kelsen da un giro decisivo y reconoce que esa norma fundamental no es sino una ficción útil, un artificio técnico que organiza el sistema sin requerir fundamento ontológico. La *Grundnorm*, entonces, no es una verdad oculta del derecho, sino su más eficaz simulacro (Kelsen, 1982, 201-203). “La norma básica no es más que una ficción. Es necesaria para dotar de unidad al sistema, pero no tiene existencia fuera de la construcción conceptual” (Kelsen, 1960).

La transformación que la *Grundnorm* kelseniana representa, de hipótesis trascendental a ficción, no es menor. Despojada de su pretendida necesidad lógica, la estructura jurídica queda expuesta como una maquinaria de producción simbólica, donde lo que sostiene el derecho no es la verdad, sino la creencia en su validez. El derecho, como en la *Matrix*, funciona no porque sea real, sino porque actuamos como si así lo fuera.

Al pasar a la noción de *ficción*, Kelsen se acerca a la *filosofía del como si* de Hans Vaihinger, donde una ficción es una construcción mental que se sabe que no es real, pero que es útil o necesaria para un propósito determinado. Deviene entonces en una presuposición que el jurista hace *como si* existiera una norma que confiere validez a la primera constitución, aunque se sabe que tal norma no existe en el plano de la realidad positiva o empírica.¹

¹ Hans Vaihinger fue un filósofo alemán, más conocido como un estudioso de Kant y por su *Philosophie des Als Ob*.

Esa misma lógica aparece en Hart,² aunque con otro lenguaje. En *The Concept of Law*, distingue entre *reglas primarias*, que imponen deberes, y *reglas secundarias*, que otorgan potestades y definen el sistema. Entre estas últimas, la más fundamental es la *regla de reconocimiento*, que consiste en una convención social no escrita que permite identificar qué normas son válidas dentro del sistema jurídico. Su existencia no depende de una fuente externa, sino del hábito colectivo de aceptarla desde un punto de vista interno (Hart, 1961).

Tal punto de vista, que es la perspectiva desde la cual los participantes del sistema aceptan las reglas, no requiere justificación moral ni epistemológica. Simplemente funciona porque se cree en él. El sistema normativo se reproduce desde adentro, en una cadena de actos simbólicos que se legitiman unos a otros. No se impone por la fuerza, sino por el lenguaje.

Frente a la imposibilidad de escapar del símbolo, del fetichismo del derecho, el jurista contemporáneo italiano Luigi Ferrajoli propone una alternativa, que es la de no negar la estructura jurídica, sino despojarla de sus pretensiones de sacralidad. En su *Derecho y razón*, plantea un modelo de derecho garantista que reconoce su condición de construcción histórica. “Las garantías no son derivaciones naturales de los derechos, sino construcciones técnicas que exigen voluntad política e institucional para su cumplimiento” (Ferrajoli, 1995).

Ferrajoli, a diferencia de Kelsen o Hart, introduce una dimensión ética del derecho como una ficción responsable. No se trata de creer ciegamente en el sistema, sino de instituir mecanismos que desactiven su violencia estructural, que pongan límites al goce institucional, que garanticen los derechos incluso contra la ley.

Por último, Enrique Marí, quien ofrece la lectura más radical de este fenómeno. En su obra *Ficción y derecho*, Marí afirma que la ficción no es una excepción dentro del derecho, sino su condición constitutiva. El derecho no representa la realidad, sino que la produce. Y lo hace a través de ficciones estabilizadoras del sentido, como la personalidad jurídica, la voluntad contractual o la representación. “La ficción jurídica es el lugar donde el derecho se reconoce como artificio, pero se niega a sí mismo como tal. El derecho sabe que es narración, pero se cuenta como verdad” (Marí, 1991).

Para Marí, entonces, el derecho es un discurso autorreferencial, que se legitima performativamente. No se trata de que el derecho diga lo que ocurre, sino de que produce realidad mediante actos de habla institucionalizados. Una sentencia, un contrato, un código civil, son todos eventos lingüísticos que fundan sentido, que transforman hechos dispersos en configuraciones normativas.

En este marco, la ficción ya no es una anomalía técnica, sino un lugar estructural del poder, porque lo que el derecho nombra, existe; mientras que lo que no nombra, no entra en el mundo jurídico. Por eso las ficciones son campos de disputa ideológica. No son inocentes, sino que construyen, excluyen, naturalizan.

2 Herbert Lionel Adolphus Hart fue un filósofo del derecho de Oxford, y uno de los más importantes del s. XX.

Kelsen, Hart, Ferrajoli y Marí, desde estilos y filosofías muy disímiles, parecen converger en un punto: *el derecho no es un espejo de lo real, sino una tecnología simbólica que crea mundo*. Como la *Matrix*, no necesita ocultar que es ficción, sino que basta con que se la crea, basta con que funcione.

La ficción en Marí no es falsedad, sino forma de poder

La teoría de las ficciones atraviesa buena parte de la historia del pensamiento normativo y simbólico y posee una altísima densidad, la cual fue trabajada de una manera original y rigurosa por Enrique Marí, desde una relectura crítica y estructuralista de las ficciones jurídicas como dispositivos de producción de sentido, control social y orden simbólico.

Desde el derecho romano hasta Kelsen, el derecho ha operado con ficciones, esto es, figuras que no son verdaderas en el plano fáctico, pero que el sistema, para que la maquinaria jurídica funcione, asume como si lo fueran. Como bien se ejemplifica clásicamente, la *persona jurídica* (como una empresa que nace, muere, firma contratos), la *voluntad contractual ficta* (como cuando se presume que una persona quiso celebrar un contrato por determinados actos) o la *ficción de que el legislador siempre actúa con racionalidad* son instancias que no pueden ser consideradas errores ni fraudes, sino en cambio formas de estabilización simbólica necesarias para que el derecho funcione como sistema normativo coherente.

Marí, en su obra fundamental *Ficción y derecho* (1991), retoma estas ideas clásicas pero las reconfigura desde una epistemología crítica influida por autores como Lacan, Derrida, Barthes y la lingüística estructural. En su tesis principal podríamos decir que afirma que “La ficción no es un accidente del derecho, sino su condición de posibilidad”.

Todo el derecho estaría construido como una narración performativa, un texto autorreferencial que crea sus propios sentidos mediante signos. La ley no representa la realidad, sino que la produce como inteligible dentro de su propio lenguaje. En tal marco, las ficciones no son simples excepciones o trucos técnicos, sino que son el modo natural en que el derecho dice, estructura y distribuye el poder.

Hay en Marí tres clases de ideas al respecto, que nos parece importante remarcar.

En primer lugar, *la idea del derecho como discurso de ficción performativa*. No nos describe hechos, sino que los *produce simbólicamente* mediante actos de habla autorizados. A modo de ejemplo, una sentencia no dice lo que ocurrió, sino que *construye jurídicamente* lo ocurrido.

En segundo lugar, *la idea de la ficción como enmascaramiento de la arbitrariedad*. El sistema jurídico necesita presentarse como objetivo y racional, y las ficciones funcionan como pantallas semánticas que naturalizan lo que en realidad es arbitrario, contingente o político.

Por último, *la idea de la ficción como lugar de disputa ideológica*. La ficción no es neutral, sino que por el contrario la forma en que se ficcionaliza un hecho, una relación o una persona es siempre una forma de poder. La persona jurídica puede ser una herramienta de protección o una pantalla de impunidad, según cómo se la construya.

La Matrix, como sistema de control simbólico total, funciona mediante ficciones consensuadas. No se impone con violencia, sino con simulaciones. La clave es la misma que en el derecho donde el sistema se sostiene porque los sujetos actúan como si fuera real, incluso cuando saben que es una construcción.

En la era digital, como ya se dijo, este fenómeno se radicaliza volviéndose lo jurídico interfaz, el consentimiento se vuelve *click*, la prueba se vuelve dato, y la subjetividad se mide en *engagement*. Y aquí el pensamiento de Marí es más actual que nunca: *las nuevas ficciones jurídicas (identidad digital, términos y condiciones, contrato algoritmo) ya no están escritas con palabras, sino con código*. Pero siguen funcionando como actos de habla performativos, y su legitimidad, como siempre, *nace de la creencia*.

Enrique Marí no denuncia las ficciones para abolir el derecho, sino para *deconstruir su fetichismo*. La tarea crítica no es dejar de usar ficciones, sino, por el contrario, *visibilizarlas, disputarlas y resignificarlas*. Como en Nietzsche, *“la verdad es un ejército de metáforas que han olvidado que lo son”*, y el derecho es su forma más persistente.

Entender al derecho como ficción *no lo invalida*, pero *sí lo obliga a rendir cuentas de su función simbólica, máxime* en tiempos donde el control ya no se impone sino que se simula, donde el poder se disfraza de elección, y la justicia se funde con la interfaz. *Pensar la ficción como campo de batalla del sentido* es un acto profundamente político.

Žižek y Matrix: el sujeto atrapado en la escena simbólica

En su ensayo “Matrix, o las dos caras de la perversión”, Slavoj Žižek (2005) propone una lectura lacaniana del célebre film de las hermanas Wachowski. Para Žižek, la gran trampa no es la ilusión de la Matrix, sino el goce del sujeto en su sometimiento a ella. No estamos dominados por un engaño, sino por una verdad insoportable que es la de participar activamente de la ficción que nos domina.

En esta lectura, *Matrix* no representa simplemente una crítica al poder, ni siquiera una parábola sobre la alienación tecnológica. La película expone, en clave pop y con estética cibernética, la estructura misma del orden simbólico. La *Matrix* no es una prisión externa, sino un campo de significación, un sistema que organiza el acceso a la realidad y que, por eso mismo, no necesita ocultarse.

Žižek advierte que el mecanismo contemporáneo del poder ya no requiere represión, porque alcanza con ofrecer al sujeto *la fantasía de su libertad*. Por eso, en la escena central del film, el agente Smith no se limita a perseguir a los humanos rebeldes, sino que los interpela, los captura, los observa con una calma disección burocrática. La figura del enemigo ya no es un dictador brutal, sino un funcionario del orden simbólico.

Ese orden simbólico tiene un nombre preciso en la teoría lacaniana: el Gran Otro.³ Lejos de ser una instancia trascendente o divina, el Gran Otro es el lugar del lenguaje, de la Ley, del deseo

3 Gran Otro (l'Autre) es una instancia simbólica que estructura el campo del lenguaje, la ley y el deseo. No es una persona, sino un lugar: el del orden simbólico en el que se inscriben las normas, los significados y las expectativas sociales. Es el soporte de la Ley, del lenguaje y del inconsciente mismo. Cuando hablamos, deseamos o incluso soñamos, lo hacemos ya desde su inscripción.

estructurado. Es la red simbólica en la que el sujeto se inscribe para ser reconocido, tal como lo expresa Lacan: “El Otro es el lugar donde se constituye el sujeto del significante” (Lacan, 1984).

La paradoja, entonces, es que el sujeto depende del Otro para existir, pero ese Otro no existe como entidad real, sino que es una ficción funcional, una escena estructurada en la que el sujeto actúa su deseo y su obediencia. Su goce. En *Matrix*, esa escena está digitalizada, literalizada. Una simulación total, donde el sujeto vive como si fuera libre, atrapado en un guion invisible que le permite elegir, pero entre opciones que ya están previstas.

Žižek describe esta situación con precisión, cuando enuncia que el problema no es que el sujeto sea oprimido, sino que se someta voluntariamente. Y no por ignorancia, sino por cinismo. El sujeto sabe que lo que ve es una pantalla, que la estructura jurídica o política es una construcción artificial. Y aun así actúa como si fuera natural, como si no hubiera alternativa. Es lo que Žižek llama *la ideología cínica moderna* (Žižek, 2005). “Hoy no se trata de desconocer la ideología, sino de reconocerla [...] y seguir obedeciendo. Sabemos que lo que vemos es falso, pero funciona” (Žižek, 2005: 175).

El derecho opera en este régimen como una *ficción estabilizadora*. No como violencia explícita, sino como garante de sentido. La ley no se impone solo con castigo, sino con lenguaje. Se presenta como *lo que siempre ha estado allí*, como el horizonte natural del orden. Y esa naturalización es el núcleo de su poder simbólico.

En el mundo de *Matrix*, el código lo es todo. No hay afuera. Solo programas, protocolos, repeticiones. La resistencia (encarnada en el film por Morfeo, Trinity y Neo) no consiste en destruir la Matrix desde fuera, sino en *hackear* su estructura desde adentro, exponiendo el artificio del mundo *real*. La pregunta que late, entonces, no será si es que *es real lo que vemos*, sino *qué forma de deseo sostiene esta ficción como si fuera lo real*.

El derecho, como la Matrix, no necesita ser verdad: basta con que funcione como tal. Y su eficacia no reside en el castigo, sino en la escena. En la forma en que organiza los roles, los permisos, las identidades posibles. En la medida en que produce lo real como estructura legal. El sujeto jurídico es, entonces, una figura atrapada en el lenguaje, un actor que repite un guion cuya lógica desconoce, pero cuya coherencia simbólica lo sostiene.

Maleabilidad, cinismo y la paradoja del sujeto lúcido

En el mundo contemporáneo, el poder ya no se impone solo desde la violencia, sino desde la inteligencia emocional. Ya no hace falta dominar al cuerpo si se logra programar el deseo. Lo que el capitalismo tardío ha perfeccionado no es la represión, sino la *maleabilidad subjetiva*, es decir, la capacidad de adaptar al sujeto al lenguaje del rendimiento, la productividad, la positividad forzada. El sujeto ya no debe obedecer, sino que debe ser *flexible*.

Vivimos en un régimen donde el control ya no se presenta como coerción, sino como elección. No hay decreto, hay *algoritmo*. No hay orden, hay *preferencia personalizada*. El sujeto está interpelado constantemente a elegir su vida, a diseñarse, a autoexplorarse, a autoconfigurarse. Pero esa multiplicidad de elecciones se da dentro de un marco simbólico inmodificable, que permanece opaco, incluso cuando se lo denuncia.

En este contexto, la lucidez crítica puede transformarse en su contrario. El sujeto lúcido (el que comprende la ficción, el que ve el artificio) no queda automáticamente liberado. Por el contrario, muchas veces se devuelve al circuito del poder con más profundidad aún. Sabe que lo que hace es simulado, sabe que los discursos están viciados, pero sigue actuando como si no lo supiera. Žižek ha llamado a esto *cinismo estructural*: un saber que no emancipa, sino que refuerza la sujeción. “Lo cínico ya no es el poder: es el sujeto que sabe y consiente. Hoy, el verdadero esclavo es el que cree estar despierto” (Žižek, 2005: 183).

La paradoja se vuelve insoportable, ya que cuanto más consciente se vuelve el sujeto, más vulnerable es a los mecanismos del sistema. La lucidez no garantiza resistencia, puede devenir resignación ilustrada. El saber no inmuniza, exacerba la impotencia, y lo que antes era obediencia por ignorancia, ahora es sumisión por exceso de saber.

En este marco, el derecho no es solo una herramienta de dominación, sino una estética de la obediencia voluntaria. Organiza roles, delimita trayectorias, asigna valores. Es una cartografía emocional, un dispositivo que administra el deseo y modela subjetividades.

Como en *Matrix*, lo más difícil no es despertar, sino que es no volver a dormirse. Porque el despertar es una herida. La conciencia es una carga. Y el mundo simbólico ofrece su promesa de reparación: *seguí como si nada*. La maleabilidad emocional del sujeto contemporáneo se convierte así en el recurso más eficaz del sistema: puede adaptarse a todo, incluso a su propia esclavitud.

De la vigilancia a la seducción. Metáforas del control social

Nos resulta interesante al adentrarnos en estos juegos de ficciones la comparación crítica entre *Matrix* y otras metáforas narrativas de control social, tales *Fahrenheit 451* de Ray Bradbury, *1984* de George Orwell, y un tercer ejemplo que consideramos especialmente pertinente, *Un mundo feliz* de Aldous Huxley. Este último suele quedar en la sombra de Orwell, pero resulta crucial por su anticipación de una servidumbre por placer, absolutamente alineada con lo que venimos desarrollando sobre la lógica de la *Matrix* y el análisis de Žižek acerca el capitalismo emocional actual.⁴

A lo largo del siglo XX, diversas obras de ficción construyeron metáforas radicales del control social. En ellas, el poder no se representa como mera violencia represiva, sino como una tecnología simbó-

4 Ray Bradbury, *Fahrenheit 451* (1953); George Orwell, *1984* (1949) y Aldous Huxley, *Un mundo feliz* (1932) constituyen el canon fundamental de la literatura distópica del siglo XX.

lica de dominio sobre el pensamiento, la memoria y el deseo. *Matrix*, en la tradición de las grandes distopías filosóficas, puede leerse como una síntesis crítica y, a la vez, una superación de estas formas anteriores de imaginar la opresión.

En 1984, George Orwell retrata una sociedad dominada por la vigilancia absoluta, la manipulación del lenguaje (la neolengua) y la supresión de la subjetividad. “La guerra es la paz. La libertad es la esclavitud. La ignorancia es la fuerza”, frase que utiliza el libro, y que condensa la paradoja ideológica de un poder que exige la sumisión activa a la mentira, a través del control total de la verdad histórica y lingüística.

Es el terror de una verdad única, donde el sujeto está forzado a creer, incluso en contra de la evidencia de sus sentidos. El *Gran Hermano* es la encarnación del ojo que todo lo ve, símbolo de un control externo, vertical y brutal. El cuerpo es disciplinado, el lenguaje reducido y el pensamiento divergente, aniquilado. En términos jurídicos, es la tiranía del derecho como aparato de represión pura, con una legalidad que no encubre su violencia, sino que la sistematiza.

En *Fahrenheit 451*, de Ray Bradbury, se propone un modelo diferente. Allí no hay policía del pensamiento, sino una verdadera anestesia de la sensibilidad, a través de una cultura del entretenimiento masivo que disuelve la memoria, el pensamiento crítico y la experiencia interior. Los libros arden no por ser peligrosos en sí, sino porque inquietan, incomodan, sacan del letargo emocional.

Aquí el control es afectivo. La ciudadanía está domesticada por pantallas envolventes, parlantes murales, cápsulas de estimulación emocional. El sujeto no desea saber, sino que prefiere no recordar, no pensar, no sufrir. La censura no es impuesta, sino que es deseada.

El paralelismo con *Matrix* es evidente, dado que, en todas estas cosmogonías, opera la saturación sensorial, por exceso de estímulo, por anestesia del pensamiento. El derecho, en este modelo, deviene ornamento vacío. No oprime, sino que simplemente deja de importar.

Por último, Aldous Huxley, en *Un mundo feliz*, donde llevara esta lógica aún más lejos, hacia la servidumbre voluntaria del placer. Nos muestra una sociedad organizada como un sistema perfecto de *satisfacción inmediata*, abolición del dolor y distribución farmacológica del placer. El *soma* (así se denomina en el texto, la droga oficial del Estado) no adormece, no encarcela, sino que *produce felicidad sin conciencia*.

A diferencia del mundo de Orwell, donde el sujeto sufre, aquí el sujeto goza. No hay resistencia porque no hay falta. El control no se impone, sino que se incorpora.

En esta línea, Žižek advierte que la forma más eficaz del poder no es la represión, sino la participación gozosa del sujeto en el sistema que lo domina, lo cual se volverá aún más inquietante en la era digital: hoy no se nos prohíbe, se nos persuade. No se nos vigila con ojos severos, sino con interfaces amables, recomendaciones algorítmicas, el mito de la libertad de elección moldeada por intereses invisibles. Entendemos que *Matrix* se alinea con esta visión huxleyana: *la opresión más eficaz es aquella que ofrece consuelo, sentido, pertenencia, consumo y narrativa*.

¿Qué distingue a Matrix de sus predecesoras? A diferencia de las distopías clásicas, *Matrix* introduce un giro posmoderno, porque el sistema de dominación no oculta que es una simulación, y aun así, funciona. El sujeto puede saber que vive en una ficción, pero seguir eligiéndola una y otra vez. “*Sé que este filete no es real. Pero cuando lo pongo en mi boca, me parece jugoso y delicioso. Y ya no me importa*”, le dice uno de los personajes a otro en una de las escenas significativas.⁵

La novedad radica en que la ficción ha dejado de ser encubrimiento para volverse interfaz de goce, punto este que la teoría del derecho debería tomar en cuenta: ya no basta con desocultar la estructura jurídica como artificio. Hoy el artificio se sabe a sí mismo y sigue operando. La justicia no puede consistir en mostrar la verdad, sino en ofrecer herramientas para no sucumbir a la comodidad de la mentira.

Hacia una ficción consciente

La pregunta final no es cómo escapar del sistema, sino *cómo construir subjetividades capaces de vivir en su interior sin ser absorbidas por él*. La maleabilidad del sujeto, es decir, su capacidad de adaptación, desplazamiento, metamorfosis, puede ser una virtud emancipadora, pero solo si no cede al deseo de ser formateado.

Porque la libertad ya no consiste en elegir entre *Matrix* y la realidad, opción que parece estar contaminada de antemano, sino más bien *navegar la simulación con lucidez*, habitar el artificio sin entregarle el alma, sostener las ficciones jurídicas sin fetichizarlas.

Ficciones al límite: legalidad, impunidad y el genocidio visible

Hay momentos en los que el lenguaje no alcanza, en los que todo sistema simbólico fracasa. Momentos en los que el derecho, la ética y la política no logran otra cosa que administrar el horror. Vivimos uno de esos momentos.

El exterminio cotidiano del pueblo palestino, a los ojos del mundo entero, es el umbral real que desborda nuestras ficciones. No se trata ya de una guerra, ni de un conflicto, ni siquiera de una ocupación. Se trata de un genocidio documentado en tiempo real, transmitido minuto a minuto, registrado en alta definición. Y, sin embargo, nada ocurre.

La legalidad internacional, esa red de tratados, pactos y jurisdicciones, observa, declara, posterga, condena en voz baja. Las instituciones de derecho internacional han quedado reducidas a una coreografía de impotencia. Como si el lenguaje legal no estuviera hecho para frenar la barbarie, sino para ritualizarla, para envolverla en palabras sin consecuencias.

⁵ Le dice el personaje Cypher (nombre en interesante referencia a una especie de Judas demoníaco) al personaje Morfeo.

La imagen jurídica se convierte en fetiche. Se repiten los términos (*proporcionalidad, derecho de defensa, conflicto armado*) como si el lenguaje mismo pudiera contener el espanto. Pero lo que ocurre en Gaza no es un *caso*, sino una interrupción absoluta del derecho como sentido. Un punto ciego donde la justicia, desnuda, deja de hablar. Porque “La justicia (si alguna vez habló!!) calla donde el derecho repite sus fórmulas sin cuerpo. Allí donde hay cuerpos rotos, casas partidas, niños enterrados vivos, el derecho murmura sin oír”.⁶

La saturación de imágenes tampoco ayuda, acaso que al contrario neutraliza. El exceso de visibilidad, como en *Matrix*, enceguece más que la oscuridad. La repetición de videos, gráficos, testimonios, fotografías, explosiones, cadáveres, hospitales destruidos, no despierta empatía, en realidad genera inmunidad emocional. La violencia, cuando se vuelve constante, se naturaliza. Y lo intolerable, cuando no se interrumpe, se vuelve parte del paisaje.

Es aquí donde la crítica al derecho como ficción cobra su urgencia extrema. Porque no se trata solo de que el derecho sea un lenguaje artificial. Se trata en cambio de que ese lenguaje puede ser cómplice del crimen que no nombra con claridad. La ficción jurídica, en su forma más perversa, no protege al débil, en realidad protege al verdugo con palabras elegantes.

¿Qué queda entonces? Quizás solo el temblor de una palabra desnuda. Una ética que no venga del derecho, sino que en cambio lo interrumpa desde afuera. Una voz que no quiera ser objetiva, ni neutra, ni justa según códigos. Una voz que diga: esto NO.

Genocidio, ficción jurídica y anestesia global: de Matrix a Palestina. Del simulacro a la sangre

Matrix muestra una humanidad atrapada en un sistema de control cuyo éxito depende de que sus prisioneros crean que son libres. La realidad es una simulación, y la libertad un efecto programado. Pero, cuando un cuerpo sangra *fuera* de Matrix, la ficción no lo puede suturar. El cuerpo fuera del lenguaje interrumpe la trama, y allí la anomalía, porque en Palestina, ese cuerpo sangra. El lenguaje jurídico internacional, llámese la ONU, la Corte Penal Internacional,⁷ o las Convenciones de Ginebra, se revelan incapaces de interrumpir esa lógica, porque en el fondo opera como parte del mismo *sistema de legitimación* que naturaliza la muerte de los otros.

Nos preguntamos, entonces, la utilidad de un derecho internacional que observa genocidios sin intervenir ¿Qué valor tiene una *ficción jurídica* que no detiene las matanzas, sino que las traduce a términos procesales, cautelares, proporcionales? La respuesta no es nihilista, sino trágica. Esas ficciones no son

6 Formulación inspirada en Jacques Derrida (1994), *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. Paris: Galilée.

7 La Corte Penal Internacional o Tribunal Penal Internacional es un tribunal de justicia internacional que se rige por el Estatuto de Roma. De carácter permanente, su misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes de genocidio, guerra, agresión y lesa humanidad.

errores, sino que son parte constitutiva del modo en que el poder global organiza la distribución de la vida y la muerte.

Toda nuestra reflexión recorriendo desde Žižek a Kelsen, desde Marí a las ficciones, desde Platón a Orwell, converge en una frontera donde el lenguaje jurídico no puede más que balbucear ante el espanto. Pero precisamente allí es donde la filosofía tiene su misión más alta, intentando *reabrir el sentido*, *denunciar el simulacro*, y sostener una ética no neutral frente al poder.

Palestina hoy es el espejo oscuro en el que el mundo jurídico-político contempla su abdicación. El derecho se ha convertido en lenguaje muerto cuando no puede interrumpir la máquina de muerte. Pero también es desde esa grieta, la de la conciencia trágica, que podríamos imaginar el nacimiento de otra gramática, otro tipo de ley, la del compromiso humano radical.

En los confines de nuestra conversación filosófica emerge, con el peso insoportable de lo real, una de las escenas más obscenas del presente y que antes mencionábamos: el genocidio del pueblo palestino. Lo que sucede frente a nuestros ojos, transmitido en tiempo real por dispositivos digitales y mediatisados por estructuras narrativas que lo vuelven digerible, neutralizable y entendible desde la seguridad del observador occidental, pone en crisis las categorías más elementales del derecho, la ética y la política. Y, sin embargo, casi nada se mueve.

Žižek, en su lectura de *Matrix*, denuncia que lo verdaderamente siniestro no es el control total, sino el consentimiento libidinal que lo acompaña, esto es: la voluntad del esclavo que pide no ser despertado. En este sentido, el espectáculo del sufrimiento palestino se convierte en un nuevo *simulacro ético* donde ya no se trata de encubrir el horror, sino de exponerlo hasta volverlo familiar, indiferente, parte del decorado. Lo político queda así suspendido (como en el título del libro de Žižek) en un punto donde la ética deviene estética de la catástrofe.

El derecho, que debería ser la arquitectura de la justicia, aparece aquí como pura ficción de legalidad. Pero no una ficción vital, como la defendida por Enrique Marí, sino una degradación funcional de la ficción. No una herramienta crítica, sino una coartada técnica. La legalidad internacional opera como un *fetichismo normativo*, un semblante jurídico que simula actuar mientras habilita, por su inacción, el crimen continuo. Vimos que Kelsen, al final de su vida, reconoció que la *Grundnorm* era una ficción. Hoy, esa *Grundnorm* parece haber mutado en un dispositivo vacío que garantiza no el orden, sino la impunidad estructural.

Enrique Marí advertía que la ficción jurídica debía ser entendida no como un engaño, sino como una forma simbólica de organizar lo real, de abrir sentido. Pero cuando la ficción es capturada por el poder para ocultar el crimen, entonces se convierte en la máscara que impide el acto. Hart y Ferrajoli, cada uno a su modo, señalaron la necesidad de anclar el derecho en pautas de racionalidad crítica y garantías efectivas, pero esa arquitectura se muestra impotente cuando los sistemas que la sostienen naturalizan el exterminio como parte del equilibrio geopolítico.

Como en *Fahrenheit 451*, donde los libros son quemados para preservar la estabilidad emocional de las masas, o en *1984*, donde el lenguaje es mutilado para volver impensable la disidencia, hoy presenciemos la sofisticación cínica del control: no hace falta ocultar la masacre; basta con gestionarla mediáticamente. Lo que se quema ya no son libros, sino conciencias. Lo que se mutila ya no es el lenguaje, sino la empatía.

En ese contexto, la maleabilidad del sujeto (condición de su libertad) se convierte también en su mayor vulnerabilidad. El individuo que se adapta para sobrevivir, que internaliza las coordenadas de lo posible, se vuelve parte del engranaje que sostiene el horror. Pero también en esa maleabilidad reside la grieta: la capacidad de desprogramarse, de decir “no”, de imaginar otra forma de comunidad.

Volver a mirar la caverna de Platón, repensar *Matrix*, leer los intersticios del derecho como territorio de lucha simbólica y no como técnica neutral, exige algo más que lucidez intelectual. Exige compromiso ético. Ver el genocidio no como una catástrofe lejana, sino como el síntoma radical del fracaso civilizatorio, es el punto de partida para recuperar lo político. O, como diría Žižek, para reinventar la ética en clave de acto.

Epílogo en sombra: de la ceniza al simulacro, o el crimen que se deja ver

No es el horror el que se oculta, sino más bien es el lenguaje el que ya no sangra. No es el crimen el que se silencia, sino que es el ojo el que ha aprendido a mirar sin arder. ¿Y qué es entonces este mundo que no logra quebrarse ante la imagen de un niño de Gaza mutilado o desnutrido?

¿Qué es este derecho, esta arquitectura vacía, este coliseo de formas, que no grita? Nos van a hablar de la legalidad, de la paz y del orden, pero será imposible no preguntarse acerca de qué orden hablamos cuando la norma ya no norma, cuando el derecho ya no protege, sino que enmarca, legitima y encuadra la masacre como si fuera un gesto más del equilibrio.

Kelsen soñó con una *Grundnorm*, una ficción fundante. Marí nos habló de ficciones vivas, productoras de mundo, capaces de convocar sentido. Hoy, lo que queda es una parodia de ese sueño donde las ficciones son usadas como vendas, como mascarillas de látex sobre cadáveres calientes.

El genocidio, ese que se repite, que insiste y que no cesa, ya no se esconde. Se transmite en alta definición, porque el espectáculo ha reemplazado al secreto. La visibilidad es la nueva forma del olvido.

Como en *1984*, el crimen se escribe en la lengua del poder. Como en *Fahrenheit 451*, el fuego no quema ya los libros, sino el deseo mismo de leerlos. Como en *Matrix*, la verdad no es lo que falta, sino lo que no queremos despertar.

Y aun así, tal vez probablemente por eso, el horror persiste como resto. Como eso que no puede ser procesado, metabolizado, compartido sin perder su filo.

El sujeto moderno domesticado, funcional y adaptable, sobrevive a fuerza de olvido; aunque existan cuerpos que no olvidan, y pueblos que insisten, que encarnan la memoria como herida abierta. Pueblos que caminan como pregunta.

Palestina, no como lugar, sino como palabra que no se deja clausurar. No como bandera, sino como grieta. Una grieta en la legalidad, en la idea misma de humanidad. Una interrupción. Un corte. Palestina como un escándalo que debería volver imposible el sueño cómodo del derecho como técnica neutral.

¿Y si la justicia, esa que apenas se nombra, fuera justamente ese momento en que la ficción se agrieta?
¿Ese instante en que el lenguaje no alcanza, pero sangra?

Entonces sí. Entonces veríamos que no se trata de denunciar, sino de desobedecer. No de explicar, sino de quebrar el circuito. No de hablar del genocidio, sino de dejarse tocar por él. Hasta que algo en nosotros (juristas, filósofos, docentes... testigos) no vuelva jamás a suturarse.

Referencias bibliográficas

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1930[1960]). *Reine Rechtslehre* (edición revisada). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (pp. 201-203). México: UNAM.
- Lacan, J. (1984). *El Seminario, Libro 3: Las psicosis*. Buenos Aires: Paidós.
- Marí, E. E. (15 de noviembre de 1986). Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (3), 93-111.
- Marí, E. E. (1991). *Ficción y derecho*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto.
- Žižek, S. (2005). *La suspensión política de la ética*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

El derecho de las obligaciones y la responsabilidad civil en Argentina

A diez años de vigencia del Código Civil y Comercial



Javier Santamaría*

*Es tanto lo que ha pasado,
que me cuesta ser el mismo de siempre.
Me parece ser otro,
que todo esto lo está viendo otro, no yo...*

Juan Salvo

Introducción

La entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) el primer día de agosto de 2015 representó una transformación estructural del derecho privado. No fue una mera compilación normativa, sino una reconfiguración profunda que integró principios constitucionales, convencionales y de derechos humanos. Esta reforma se inscribe en un proceso de constitucionalización del derecho privado, que exige interpretar las normas civiles a la luz de los valores fundamentales consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

A diez años de su implementación, el CCCN se revela como una obra viva, dinámica y adaptable. Su estructura de principios y reglas permite enfrentar los desafíos contemporáneos, desde la digitalización

* UNPAZ.

hasta la protección de vulnerables. En el centro de esta evolución está una convicción profunda, en una mirada colectiva, la fuerte convicción de romper con el individualismo: *nadie se salva solo*.

Insisto, tal como lo expresara al participar del panel inicial de las jornadas *Debates y desafíos a 10 años del Código Civil y Comercial de la Nación* (organizadas por la especialización en Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencias de la Escuela de Posgrado, el Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales y la carrera de Abogacía del Departamento de Ciencias Jurídicas y Sociales de UNPAZ): “una de las fortalezas que tiene este código es que rompió con el individualismo al que veníamos acostumbrados los que estudiamos con el código de Vélez”.

Entonces, el derecho privado es ya más una herramienta de protección, solidaridad y justicia, capaz de responder a las necesidades de una sociedad interdependiente, compleja y en constante transformación, que el refugio de una autonomía de la voluntad irrestricta.

Con su ya clásica claridad expositiva, refiriéndose a este código como parte de la evolución, Aída Kemelmajer de Carlucci expresa:

Paralelamente, desde otras áreas del pensamiento, se señaló que el mundo contemporáneo golpeó tres veces a la vanidad del ser humano: El primer golpe lo dio la revolución copernicana, y los humanos nos dimos cuenta de que no somos el centro del universo; el segundo vino de la mano de Darwin, y nos hizo ser conscientes de que somos como todos los animales, productos de la evolución, y no sólo de haber sido hechos a imagen de Dios; el tercero tiene origen en el psicoanálisis: no somos señores de nuestra propia voluntad, de nuestra propia casa, sino que también estamos dominados por razones inconscientes y afectivas, que la propia razón desconoce; o sea, un golpe dado a la autonomía de nuestra voluntad (Freud citado por Roudinesco en Kemelmajer de Carlucci, 2019: 11).

También afirma, citando a Illouz, que...

Mientras el mundo “viejo” simboliza la religión, la comunidad, el orden y la estabilidad, el mundo “nuevo” equivale al cambio arrollador, la secularidad, la disolución de los lazos comunales, la reivindicación de la igualdad y la incertidumbre constante sobre la identidad. Por eso, en las indagaciones tradicionales sobre el auge de la modernidad, los sospechosos de siempre son el saber científico, la imprenta, el desarrollo del capitalismo, la secularización y la influencia de los ideales democráticos (Kemelmajer de Carlucci, 2019: 11).

Principios rectores del nuevo Código

El CCCN principia con un Título Preliminar, desde el que ya se advierte una visión innovadora.

En los “Fundamentos”, la Comisión redactora expresa las razones que, a su juicio, fundan la existencia de un “Título Preliminar” en un Código, y así destaca la necesidad que “los operadores jurídicos tengan

guías para decidir en un sistema de hechos complejo”, y precisa también, que el título no tiene “pretensiones de ordenar de modo cerrado todo el sistema”, sino que “aspira al diseño de una línea de base”.

Con fuerte sustento en ese título, el CCCN se organiza como un sistema de principios y reglas, lo que le otorga flexibilidad interpretativa y capacidad de adaptación sincrónica (a distintas ramas del derecho) y diacrónica (a los cambios sociales y tecnológicos).

A continuación, y sintéticamente, repasaremos alguno de los principios rectores que aplican especialmente al ámbito de las obligaciones y de la responsabilidad civil.

Constitucionalización del derecho privado

El artículo 1 del CCCN establece que debe interpretarse conforme a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos. Esto implica que los derechos patrimoniales no pueden desvincularse de los derechos fundamentales y que la justicia privada debe estar alineada con la justicia constitucional.

Es un código integrado al plexo constitucional y convencional.

Lorenzetti lo explica señalando que el Código está diseñado para resolver conflictos y (en el art. 1º) se establecen las fuentes donde se encuentran los criterios de autoridad para esa tarea. El gran cambio respecto del sistema anterior consiste en que se admite una pluralidad de fuentes, incluyendo no sólo la ley, sino todo el Derecho. Dentro de ello, se destaca la Constitución y los tratados internacionales que permiten concretar la constitucionalización del Derecho Privado (Lorenzetti, 2014: 26).

Buena fe objetiva

La buena fe consagrada en el artículo 9 como principio general en la interpretación y ejecución de los derechos, supera la noción de la buena fe subjetiva tradicional y exige comportamientos leales, cooperativos y razonables entre las partes.

Se establece así como norma general de aplicación, que alcanza a cualquier ejercicio de un derecho o situación jurídica, lo que permite interpretar que se refiere a la buena fe en todas sus acepciones (buena fe-lealtad; buena fe-creencia).

Abuso del derecho

El artículo 10 establece que el ejercicio de un derecho que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral o el orden público constituye abuso del derecho y genera responsabilidad. Este principio funciona como límite ético y jurídico al ejercicio individualista de los derechos.

Función social del derecho

El CCCN abandona la visión individualista del derecho privado y promueve una perspectiva más protectora, solidaria y comunitaria. El artículo 2 exige que las normas se interpreten teniendo en cuenta su finalidad, lo que permite incorporar valores sociales y colectivos en la aplicación del derecho.

Estos principios no solo guían la interpretación judicial, sino que también orientan la conducta de los operadores jurídicos y la elaboración doctrinal. En todos ellos subyace la idea de que el derecho no puede ser una herramienta aislada, sino una construcción colectiva que reconoce la vulnerabilidad y la interdependencia.

Derecho de las obligaciones

A partir del artículo 724 y hasta el 956 se desarrolla el primer título “Obligaciones en General” que inicia el Libro Tercero de los “Derechos Personales” en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El CCCN tiene una metodología en la que observamos un título que sintetiza el contenido de cada artículo y, así, en el 724 encontramos la “definición” de la obligación.

El legislador ha identificado en ese concepto dos momentos o virtualidades: el primero lo encontramos cuando es el deudor quien debe actuar cumpliendo con aquello a lo que se comprometió, mientras que el acreedor mantendrá la expectativa con relación a la satisfacción de su interés; y un segundo momento, que puede o no darse, y que se expresa cuando el deudor no cumple con su compromiso, lo que genera una responsabilidad de su parte, y da curso a la posibilidad del acreedor de iniciar las acciones legales para obtener forzosamente el cumplimiento. De esta forma se explica la naturaleza jurídica de la obligación indicando que esta constituye un vínculo jurídico complejo. En definitiva, en toda obligación existe una estructura que amalgama deuda y responsabilidad, como dos etapas armónicas de una misma y única institución: la obligación (Santamaría, 2025: 28).

La reforma mantuvo la estructura general del régimen obligacional, pero introdujo precisiones, nuevas figuras y criterios interpretativos que modernizan y sistematizan el derecho de las obligaciones.

Unificación de fuentes

Tal lo adelantáramos, el CCCN unifica las fuentes de las obligaciones bajo un régimen general (arts. 726 a 730), eliminando distinciones innecesarias y facilitando su aplicación práctica. Esta simplificación permite una mayor coherencia normativa y una interpretación más uniforme, promoviendo un sistema más accesible y equitativo.

Obligaciones de dar dinero

Los textos originarios de los artículos 765 y 766 regulaban las obligaciones de dar dinero, estableciendo que debían cumplirse en moneda de curso legal, salvo pacto en contrario. En ese contexto, y a pesar de la reforma introducida por el DNU 70/2023, a partir de la cual “el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene”, y bajo el fundamento de otorgar mayor incidencia a la “autonomía de la voluntad de las partes”, se ha dado la calidad de dinero a la moneda extranjera.

Mantienen su vigencia y perspectiva los artículos 768 y 769 que regulan los intereses compensatorios, moratorios y punitivos, y facultan a la magistratura a reducirlos si resultan abusivos. Esta regulación introduce un control judicial sobre prácticas financieras desproporcionadas y protege al deudor en contextos de vulnerabilidad.

Mora e incumplimiento

Cuando el incumplimiento material se torna jurídicamente relevante, nos adentramos en el ámbito de la mora que, como tal, constituye el “retardo imputable en el cumplimiento obligacional” o, en otras palabras, implica que la “demora se ha tornado en jurídicamente relevante” (Santamaría, 2025: 215).

En tal dirección es regulada en el artículo 886 y subsiguientes, que establecen como principio la “mora automática”, esto es, sin necesidad de interpelación previa y por el solo transcurso del tiempo fijado para el cumplimiento de la obligación.

En otros términos, una vez vencido el plazo establecido en la obligación el deudor queda constituido en mora automáticamente y procura así otorgar mayor agilidad al sistema de incumplimiento que da inicio, por ejemplo, a las acciones por responsabilidad, entre tantos otros efectos.

Nuevas figuras

Se incorporan expresamente figuras tales como:

- Promesa autónoma de deuda (art. 733): Reconocida como fuente obligacional autónoma.
- Enriquecimiento sin causa (arts. 1794 a 1795): Regulado como principio general de justicia, que permite restituir beneficios obtenidos sin causa lícita que lo justifique.
- Estas figuras reflejan un derecho atento a nuevas formas de vinculación y a la necesidad de reparar desequilibrios, reafirmando que la mirada de este código es la búsqueda de la justicia dentro sin desentenderse del contexto social.

Buena fe y abuso del derecho

Se reitera, tal como fluye del Título Preliminar, que la buena fe objetiva se consolida como principio rector en la formación, ejecución e interpretación de las obligaciones. El abuso del derecho se reconoce como fuente de responsabilidad, permitiendo sancionar conductas que, aunque formalmente lícitas, resultan ilegítimas por su finalidad o consecuencias. Ambos principios refuerzan la idea de que el ejercicio de derechos debe estar orientado al respeto mutuo y a la convivencia solidaria.

Responsabilidad civil

La responsabilidad civil es uno de los ámbitos donde el CCCN introduce transformaciones más profundas, orientadas por la prevención del daño, la reparación integral y la sanción de conductas graves.

Se pueden señalar diversos principios que nutren todo el régimen de “responsabilidad civil” y que constituyen pautas para tener en cuenta al analizar cualquier caso en el que se aplique este sistema. No solo quienes juzgan, sino también a quienes compete ese deber de adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar que se produzca un perjuicio, disminuir su magnitud o borrarlo en su existencia.

Debemos también tener en cuenta que en el CCCN se establece un diálogo de fuentes entre la Constitución Nacional, los tratados incorporados al ordenamiento jurídico y, en especial, los de derechos humanos y todas las normas inferiores, como así también un ida y vuelta entre las distintas normas del propio CCCN. La responsabilidad civil no puede estar ajena a este cruce de normas que tienen por centro a la “persona humana”.

Unificación del régimen y funciones de la responsabilidad civil

El artículo 1708 establece un régimen general de responsabilidad civil que unifica la responsabilidad contractual y extracontractual, aunque subsisten diferencias puntuales como los plazos de prescripción. Esta unificación permite una aplicación más coherente y evita duplicidades interpretativas, facilitando el acceso a la justicia.

Hasta el 31 de julio de 2015 encontrábamos diferentes órbitas de acuerdo a la fuente de las obligaciones. El artículo 1716 del CCCN las subsume en el mismo párrafo, reconociendo su diversidad y, al mismo tiempo, unificando el tratamiento de la responsabilidad civil, lo que ha sido ponderado incluso hasta por doctrinarios extranjeros como algo absolutamente novedoso.¹

¹ Expresa el autor español Yzquierdo Tolsada (2017: 145): “Palabras aparte merece la experiencia argentina, pues, en los últimos treinta años viene la doctrina trabajando sobre el particular, con plasmación en diferentes Proyectos de reforma del Código civil que unifican los plazos de prescripción e igualan la extensión del resarcimiento, cosa que en un país con ordenamiento civil ‘de corte latino’ es sin duda algo espectacular”.

El capítulo 1 “Responsabilidad civil”, correspondiente al Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, que forma parte del Libro Tercero “Derechos Personales”, se extiende desde el artículo 1708 hasta el 1780.

El primero de ellos, el artículo 1708, “Funciones de la responsabilidad civil”, se refiere expresamente a la prevención del daño y su reparación.

Encontramos, así en la actualidad, esas dos funciones de la responsabilidad civil: preventiva y resarcitoria.

Función preventiva

En lo que respecta a las funciones de la responsabilidad civil, el código incorporó la prevención. Existe un otro al que no puedo dañar sin que nada pase; ahora uno de los desafíos es usar más esas herramientas.

En tal dirección, el artículo 1710 consagra el deber de prevenir el daño. Se habilitan acciones preventivas para evitar la producción del daño o hacerlo cesar. Esta función preventiva transforma el rol del derecho civil en una herramienta anticipatoria y protectora, alineada con el principio de solidaridad.

Es función de la responsabilidad civil porque se entiende que el mejor modo es evitar que el daño se produzca y es mejor evitar el daño que repararlo posteriormente una vez producido. Por ello, no es requisito para su procedencia la consumación del “daño” y tampoco –dice el artículo 1711 del CCCN– es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

Función punitiva

El artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, incorporado al CCCN, establece los *daños punitivos* para sancionar conductas graves y disuadir prácticas lesivas. Esta función sancionatoria introduce una dimensión ética y ejemplificadora en la responsabilidad civil, reafirmando que el derecho debe proteger a quienes no pueden hacerlo por sí solos.

Es decir, para compeler al cumplimiento de una medida de prevención del daño –de precaución– y evitar que se cause el daño o se agrave. O también, para compeler el cumplimiento de la condena indemnizatoria tendiente a reparar el daño ya causado.

Resulta en penas privadas, pecuniarias, tendientes a que el obligado a cumplirlas no evada las medidas jurisdiccionales ordenadas bajo la especulación de que es económicamente más conveniente el incumplimiento.

Daño resarcible

El artículo 1737 establece: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”, mientras que el artículo 1738 dispone:

La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que “el concepto jurídico de daño, salvo restricciones particulares queridas por el legislador, abarca la protección de todo interés no reprobado por la ley”.²

En tal sentido, el CCCN ha establecido que el daño es lesión a un interés que no sea contrario al ordenamiento, distinguiendo entre el “bien jurídico” (que no tiene un valor en sí mismo, y es de carácter absoluto en tanto no varía de persona en persona), y el “interés” que tiene la persona afectada respecto de ese bien. Son las consecuencias derivadas de la afectación a ese interés las que –en definitiva– constituyen el daño jurídico y configuran el objeto de la indemnización.

Se observa que el CCCN amplía y reconceptualiza el daño indemnizable, y se refiere a:

- Consecuencias no patrimoniales (art. 1741): Se incluye el daño moral bajo una concepción más amplia.
- Daño al proyecto de vida (art. 1738): Reconociéndolo como comprensivo de la indemnización.
- Pérdida de chance (art. 1738): Indemnizable si la contingencia es razonable y existe relación causal con el hecho.

Lorenzetti así lo expone en su voto:

Esta comprensión, amplia y funcional del alcance de la reparación plena, que no hace más que reflejar el permanente esfuerzo del derecho por procurar restituirle a la víctima del daño injustamente sufrido el estado anterior al evento lesivo, ha sido ampliamente receptada en los artículos 1710, 1711, 1726, 1737 y 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación, aunque tenía también suficiente y consolida-

² Corte Suprema de Justicia de la Nación, 25/9/2001, “Ahumada, Lía c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”; 22/12/1986, “Montini, Julio c. Empresa de Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios”, Fallos 308:1655.

do reconocimiento al amparo del Código Civil derogado, aplicable a la especie por razones de derecho transitorio, por haber ocurrido el infortunio con anterioridad a la vigencia de aquel cuerpo normativo.³

El CCCN ha buscado así acompasar con una visión más humana del daño, el reconocimiento concreto de la dimensión existencial de las pérdidas y la necesidad de una reparación integral.

Responsabilidad por el hecho de terceros y derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades

El CCCN al enunciar a los factores de atribución en el artículo 1721, establece que “en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

Por ello, en el siguiente artículo 1722, se refiere al factor objetivo de atribución y, como técnica legislativa, adopta la posición de definir sus contornos a partir de las notas esenciales que lo caracterizan.

En efecto, se señala como distintivo de este factor de atribución que *la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad*.

Tal aserto permite inferir –en razonamiento inverso– que *la prueba de la diligencia del agente no es suficiente para que se lo exima de responder*.

Por ello, el sindicado como responsable solo se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario. Aunque el texto no lo establece en forma expresa, se entiende que la demostración de esa causa ajena permitirá eximirse de responder en forma total o parcial.

La referencia a la causa ajena en el artículo 1722 nos remite en un primer momento al artículo 1726 que respecto de la relación causal dispone que son reparables las consecuencias dañosas que tiene nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño.

Así, el CCCN actualiza la responsabilidad por el hecho de terceros (art. 1753 a 1756), por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades riesgosas o peligrosas (art. 1757). Se contempla la responsabilidad colectiva y anónima (arts. 1760/1762).

En consecuencia, queda claro que ocurrido el hecho que motiva el reclamo de responsabilidad fundado en un factor objetivo, la víctima debe probar ese hecho en el que funda su pretensión, no debe en modo alguno acreditar ni siquiera insinuar la culpa del sujeto responsable. Por su parte, el sujeto a quien se le atribuye la responsabilidad deberá –para eximirse de responder y salvo disposición legal en contrario– acreditar una causa ajena del daño, esto es: que el daño fue causado por el hecho del propio

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2/9/2021, “Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c/ Campos, Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)” y Fallos 340:1038, voto del juez Lorenzetti, considerando 6°.

damnificado, por el hecho de un tercero ajeno, o por caso fortuito, careciendo en cualquier caso de relevancia demuestre su falta de culpa o un obrar diligente.

Esta ampliación responde a la lógica de que los daños no siempre tienen un autor individual identificable, pero sí una causa sistémica que debe ser reparada.

Profesionales liberales

El artículo 1768 regula la responsabilidad de los profesionales bajo una regla subjetiva, salvo que se haya comprometido un resultado.

El vínculo profesional-cliente se reconoce como una relación de confianza, donde el saber técnico debe estar al servicio del otro.

El artículo 1725 del CCCN nos brinda reglas para valorar la conducta en el caso del análisis de la culpa. Para ello, toma como eje dos pautas básicas:

- 1) el mayor conocimiento de las cosas
- 2) la relación de confianza especial que une a las partes.

Este artículo tiene aplicación estrictamente en la responsabilidad que fluye de las relaciones obligacionales de fuente contractual (art. 1716 segunda parte) y se aplica tanto para apreciar la conducta al momento de analizar el factor de atribución subjetivo, como también al tiempo de contrastar la previsibilidad que se requiere a nivel de causalidad.

En cuanto a factor de atribución subjetivo se refiere, es de importante aplicación para los casos de responsabilidad profesional, para calibrar la culpa y su apreciación al caso concreto

Desde otro lado, encontramos en el referido artículo 1725 CCCN un análisis de la prestación romana de la culpa, que se analizara precedentemente.

La Comisión Reformadora expresó en sus fundamentos:

En cuanto a la valoración de la conducta se establece que, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la diligencia exigible al agente y la valoración de las consecuencias. De esta manera, se asigna a esta regla un doble campo de aplicación: en la culpa y en la causalidad.

También se señala que cuando exista una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que

suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos se estimará el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.⁴

Desafíos contemporáneos

El CCCN ofrece herramientas para enfrentar los desafíos emergentes, especialmente aquellos derivados de la tecnología, la digitalización y la transformación social. En todos estos casos, el principio de solidaridad y la idea de que *nadie se salva solo* se vuelven esenciales para construir respuestas jurídicas adecuadas.

Tecnología y privacidad

El CCCN, a diez años de su vigencia, contiene normas que deben hoy día afrontar los nuevos desafíos que presentan los ecosistemas o entornos digitales.

Por ejemplo, la intromisión arbitraria en la vida privada, regulada en el artículo 1770, cobra especial relevancia en el contexto de redes sociales, vigilancia digital y exposición pública. La norma se ha redactado con una metodología que permite atravesar estos momentos de cambios continuos.

Por su parte, el artículo 1105 regula los contratos celebrados a distancia, cada vez más frecuentes en medios digitales. Estas normas permiten abordar situaciones comunes en plataformas virtuales, comercio electrónico y bases de datos masivos.

Es cierto que la protección de datos personales –en sí– no ha sido regulada de forma exhaustiva en el CCCN, pero advertimos que se vincula con los derechos personalísimos a los que sí se refiere en los artículos 51 a 61, a lo que se suma deber de prevenir daños derivados del uso indebido de información. En este terreno, el derecho debe actuar como escudo frente a la vulnerabilidad digital.

Inteligencia Artificial

La IA plantea interrogantes sobre responsabilidad, control y atribución de daños. Aunque el CCCN ofrece puntos de partida –como el régimen de riesgo creado, la prevención del daño y la protección de datos–, se requiere mayor desarrollo normativo y doctrinal. En este terreno, la idea de que *nadie se salva solo* cobra especial relevancia: frente a sistemas automatizados, el derecho debe garantizar que haya siempre alguien que responda.

⁴ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Infojus, Bs. As., 2012, en el Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012 y proyecto de ley de aprobación. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 191/2011. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la comisión redactora, p. 683.

Cuenta Álvarez Larrondo –al referirse al caso “Mata vs. Avianca”⁵ que el letrado de la parte actora pasajero que demandó a la compañía aérea por haber sido golpeado por un carro metálico de servicio de a bordo de un vuelo y haber sufrido lesiones, a poco de la presentación, el profesional fue citado al despacho del juez, quien quería saber la razón por la que había citado seis fallos atribuidos a jueces reales de los Estados Unidos, pero los cuales eran totalmente falsos: ChatGPT y sus alucinaciones (o fanatismo algorítmico por dar respuesta a todo) lo había hecho. El caso, culminó con sanción pecuniaria para el profesional de la abogacía y carta de disculpas para magistradas/os cuyos antecedentes habían sido inventados (Álvarez Larrondo, 2025, p. 125).

Nuevos desafíos nos esperan. El CCCN contiene normas que nos permiten abordarlos, con un gran trabajo de defensa de los principios de tutela a los más vulnerables del sistema.

El rol de la magistratura

En este nuevo paradigma, quien juzga adquiere un rol activo, interpretativo y ponderador. El artículo 3 exige la razonabilidad de las decisiones judiciales, lo que implica:

- Argumentación sólida: Fundada en principios, normas y contexto.
- Ponderación de principios en conflicto: Educación vs. salud, libertad de expresión vs. privacidad, entre otros.
- Protección de vulnerables: Niñas, niños y adolescentes, consumidores, personas con discapacidad, víctimas.
- Quien juzga no solo aplica la norma, sino que la interpreta conforme a valores constitucionales, promoviendo un derecho más justo. En este contexto, el activismo judicial no es una extralimitación, sino una exigencia ética: debe ser garante de los derechos fundamentales, constructor de equilibrios y defensor de quienes no tienen voz.

Tensiones y desafíos pendientes

A pesar de sus avances, el CCCN enfrenta tensiones no resueltas y desafíos pendientes:

- Falta de desarrollo normativo sobre IA y algoritmos: Tal lo adelantáramos, no hay regulación específica sobre responsabilidad por decisiones automatizadas.
- Protección de datos personales: Requiere una articulación más clara con la Ley 25326 y una actualización frente a los estándares internacionales.
- Responsabilidad colectiva: Aunque reconocida, su aplicación práctica sigue siendo limitada.
- Acceso a la justicia: Persisten barreras estructurales para sectores vulnerables, especialmente en el ámbito del consumo y la discapacidad.

⁵ Mata v. Avianca, Inc. (1:22-cv-01461), District Court, S.D. New York, <https://www.courtlistener.com/doc-cket/63107798/mata-v-avianca-inc/> consultado el 11/09/2025.

Estos desafíos exigen una labor conjunta de los poderes del estado, la academia y operadoras/es jurídicos en su sentido más amplio. El Código es una base sólida, pero su eficacia depende de su interpretación, aplicación y evolución constante.

Conclusión. Nadie se salva solo

La reforma del Código Civil y Comercial de 2015 significó una modernización profunda del derecho privado argentino. Se abandonó la visión individualista en favor de una perspectiva más social, protectora y constitucionalizada. El derecho de las obligaciones se sistematizó y adaptó a nuevas figuras, mientras que la responsabilidad civil evolucionó hacia un sistema orientado a la prevención, la reparación integral y la sanción.

A diez años de su vigencia, el CCCN se revela como una obra viva, capaz de dialogar con los desafíos contemporáneos. Su aplicación exige estudio, interpretación y compromiso por parte de todos los operadores jurídicos. El rol de quien juzga, la doctrina y la práctica profesional son fundamentales para consolidar este nuevo paradigma y garantizar un derecho privado más justo, dinámico y eficaz.

En el fondo, cada principio, cada norma y cada decisión judicial que emana del Código responde a una convicción profunda: *nadie se salva solo*. El derecho privado ya no puede pensarse como un conjunto de reglas para individuos aislados, sino como un sistema que reconoce la interdependencia, protege a los vulnerables y promueve la convivencia solidaria. En tiempos de polarización, desigualdad y transformación tecnológica, esta idea se vuelve más urgente que nunca.

El Código nos invita a construir un derecho que no solo repare, sino que prevenga; que no solo sancione, sino que acompañe; que no solo regule, sino que proteja. Porque, en definitiva, el derecho privado argentino del siglo XXI se funda en la certeza de que *la justicia es una tarea colectiva*.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Larrondo, F. M. (2025). *IA ¿Amenaza o solución?* Buenos Aires: El Ateneo.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2019). Capítulo introductorio. En A. Kemelmajer de Carlucci, M. Herrera y N. Lloveras, (dirs). *Tratado de Derecho de Familia*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Santamaría, J. (2025). *Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales I*. José C. Paz: EDUNPAZ.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2017). *Responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Dykinson.

La suspensión preventiva vs. la suspensión sancionatoria

Análisis jurídico de las diferentes aplicaciones de medidas de suspensión en el ámbito disciplinario



*Eduardo J. Schenone**

Introducción

El presente artículo examina las diferencias conceptuales entre la suspensión preventiva y la suspensión como sanción disciplinaria. Se tiene en consideración que, si bien en algunos regímenes la cuestión se encuentra regulada en gran medida, en otras existe un vacío normativo importante,¹ resultando apropiado recordar los principales aspectos a tener en consideración respecto de la temática.

Sumado a ello, el tema resulta de relevancia por cuanto la suspensión en el ejercicio del cargo o función constituye una de las medidas más controvertidas del derecho administrativo disciplinario, particularmente cuando se trata de funcionarios con estabilidad en el cargo e incompatibilidad para el ejercicio de otra función.

La distinción entre suspensión preventiva y suspensión sancionatoria no es meramente académica, sino que tiene profundas implicaciones en el ejercicio de derechos fundamentales y en la configuración del sistema de garantías procesales.

Las diferentes finalidades de las medidas mencionadas generan tensiones interpretativas que requieren un análisis sistemático, así como una adecuada reglamentación, a los efectos de evitar que en los he-

* Secretario de la Sala II de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal.

¹ A modo meramente ejemplificativo, ver la diferencia existente respecto de la regulación de la cuestión entre el Reglamento de Investigaciones Administrativas (Decreto N° 467/99, y modificatorios) y el Reglamento para el Personal de la Justicia Nacional (Acordada s/n, de fecha 17 de diciembre de 1952, y modificatorios).

chos siempre se constituyan como una sanción en sí misma, creando un marco que permita en forma adecuada proteger los derechos de las personas involucradas, sin alterar la finalidad de la medida.

A tal fin se analizarán diferentes pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –tanto en decisiones jurisdiccionales como en resoluciones de superintendencia y doctrina–, buscando establecer un marco teórico para delimitar las figuras jurídicas, sus presupuestos de aplicación y sus efectos sobre los derechos de la persona involucrada –ya sea empleado, funcionario o, incluso, magistrado–.

Definición y finalidad de ambas figuras

Como señala la calificada doctrina, “toda organización posee, como poder inherente, la facultad de sancionar, mediante la técnica jurídica represiva, las conductas de los integrantes que afecten su adecuado funcionamiento”. A lo que cabe añadir que las sanciones disciplinarias pueden ser definidas como penas –de carácter disciplinario, en función de encontrarse ubicada dentro de la estructura organizativa–, porque implica la pérdida de un bien jurídico como retribución a la ofensa inferida por el infractor. En ese aspecto, se puede señalar que el bien jurídico protegido se circunscribe a asegurar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública.²

Es decir, las sanciones disciplinarias nacen del poder de la Administración como máxima autoridad en el marco de una relación laboral –que atento a la persona que resulta empleador, lógicamente, será de empleo público–, cuya finalidad es la de dirigir y mantener el servicio a su cargo,³ potestad que deriva de la relación jerárquica.⁴

La comprensión adecuada de la suspensión preventiva y la suspensión sancionatoria comienza por delimitar su naturaleza jurídica esencialmente distinta.

Al respecto, es preciso comenzar por señalar que la suspensión preventiva se configura como una medida cautelar de carácter provisional que opera durante la tramitación de un procedimiento disciplinario o investigativo, mientras que la suspensión como sanción es una sanción disciplinaria.⁵

Se puede definir a la suspensión preventiva como una medida de aseguramiento que procura evitar que la continuación del agente en funciones pueda entorpecer la investigación o causar perjuicios al servicio público, entendido este en un sentido amplio.

Es decir, si bien es frecuente identificar como finalidad el “no entorpecimiento de la investigación o proceso”,⁶ también pueden ser dictadas por la gravedad institucional de los hechos investigados

2 Comadira, Julio R., coordinador, y otros, *Curso de Derecho Administrativo*, 1era edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, ps. 1047/1052.

3 Cassagne, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 250.

4 Schenone, Eduardo J., “El principio de ley penal más benigna - su aplicación en el derecho administrativo sancionador”, *Revista de Derecho Público*, t. 2023-1, p. 349.

5 Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-B, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974, p. 418.

6 Dictamen PTN 236:651.

o el daño o perjuicio que pueda ocasionar el mantener al empleado, funcionario o magistrado en su función, en el sentido del menoscabo a la seguridad jurídica, la lesión de la confianza tanto de la ciudadanía en las instituciones, como de los superiores jerárquicos, llegado el caso, o el decoro, por mencionar ejemplos.

Ello siempre que la entidad de los hechos y las constancias permitan, *prima facie*, dictar una medida cuyo carácter debe ser excepcional. Así como también corresponde recordar que el dictado de una medida de esta índole no constituye un adelantamiento de criterio sobre la culpabilidad del agente.

A su vez, cabe destacar que su naturaleza cautelar es incompatible con la naturaleza represiva de la sanción.⁷

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido esta naturaleza cautelar en diversos pronunciamientos. En el caso “Longarini”,⁸ la CSJN, en el voto de la mayoría, reiteró que “es norma en el ámbito judicial no admitir el reintegro a sus funciones del agente bajo proceso” porque “la suspensión preventiva resulta, en principio, un arbitrio adecuado a las circunstancias, tendiente a evitar las consecuencias del mantenimiento en funciones de quien está sometido a proceso”.

Puesto ello de relieve, cabe aclarar que esta no es la única medida preventiva que se puede disponer en el marco de un sumario disciplinario. Como se señala frecuentemente, en el derecho disciplinario existen dos medidas preventivas: la suspensión y el traslado,⁹ siempre que esta última sea normativamente posible.

Esa naturaleza cautelar mencionada impone límites temporales y sustanciales que, de sobrepasarse, desnaturalizan la medida. Cuestión mencionada en la resolución “Longarini”, citada, en el sentido de que la prolongación de la medida –suspensión preventiva– podría, eventualmente, justificar apartarse de la posición asumida.

Por otra parte, la suspensión sancionatoria constituye una medida punitiva que se impone como consecuencia de la acreditación de una falta disciplinaria.

Es decir, es la respuesta del ordenamiento jurídico ante una conducta antijurídica del agente público, y debe guardar proporcionalidad con la gravedad de la falta cometida.

Por lo tanto, la conducta valorada debe “implicar una violación de los deberes determinados y las prohibiciones establecidas”¹⁰ para entenderla como merecedora de castigo.

7 Dictamen PTN 39:255.

8 “Longarini, María José s/recurso de reconsideración”, Expte. N° 2.667/2004, 12 de diciembre de 2006, resol. CSJN 2343/06.

9 Repetto, Alfredo L., *Procedimiento Administrativo Disciplinario*, 4ta ed. CABA, Cathedra Jurídica, 2024, p. 487.

10 Comadira, Julio R., y otros, *Curso de Derecho Administrativo*, 1era edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, p. 1050.

Temporalidad y duración

Uno de los aspectos más críticos que distinguen ambas figuras es su relación con el tiempo. La suspensión preventiva, por su naturaleza cautelar, debe estar limitada temporalmente y vinculada a la duración razonable del procedimiento que la motiva. La indefinición temporal la desnaturaliza, transformándola en una sanción encubierta. La suspensión sancionatoria, en cambio, tiene una duración determinada que forma parte esencial de la sanción impuesta.

Resulta adecuado, ante una medida preventiva, que esta sea dictada por un lapso determinado, sujeto a revisión continua y, eventualmente, con posibilidades de prórroga.

Pero al ser una medida respecto de la actividad laboral del individuo, esta debe aplicarse con criterio restrictivo y ante situaciones excepcionales.

La Corte Suprema ha abordado específicamente el problema de la transformación de la suspensión preventiva por duración excesiva. En “Vigil”,¹¹ la CSJN estableció que no resulta irrazonable la facultad legal de suspender preventivamente a profesionales durante la sustanciación del proceso penal, “siempre que no se advierta, por su excesiva duración, el desconocimiento sustancial de un derecho constitucional”. En este caso, considerando que la causa penal llevaba más de tres años de trámite sin perspectiva de pronta resolución, la Corte revocó la inhabilitación preventiva por considerar que “la prolongada duración de la causa penal sin que se haya resuelto definitivamente la situación de la recurrente genera un agravio directo e inmediato a las garantías constitucionales”.

La Corte precisó que “la existencia de una dilación indefinida ocasiona agravio a la garantía constitucional del derecho de defensa y produce una privación de justicia”, por lo que cuando una causa penal lleva varios años de trámite sin perspectiva de pronta resolución, “existe una restricción al derecho de trabajar... que resulta irrazonable y excede la función de salvaguardar los valores que tiende a proteger”.

Este criterio jurisprudencial establece un estándar temporal implícito: la suspensión preventiva debe mantenerse solo mientras duren las circunstancias que la justifican y el procedimiento se tramite con razonabilidad. Ya que lo contrario, como se manifestó anteriormente, constituiría una pena encubierta.

En ese sentido, cabe referir que lo contrario resultaría violatorio de los derechos humanos, el principio del debido proceso y el principio de inocencia, ya que se constituiría en lo que se denomina como “pena de banquillo”. Es decir, la medida precautoria se transformaría en una pena en sí misma. La suspensión preventiva debe compatibilizarse con la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, resulta necesario señalar que se debe evaluar y fundar la razonabilidad de una medida cautelar semejante, bajo el contraste de las implicancias en juego. Ello así ya que en ocasiones la misma puede ser reemplazada por un traslado o, al menos, morigerar la misma para no conculcar otros derechos del individuo sometido a investigación.

¹¹ “Vigil, Constancio y otro s/ contrabando”, sentencia del 5/03/1996, Fallos: 319:183.

Ahora bien, existen situaciones excepcionales como ser que el motivo sea la existencia de un proceso criminal seguido contra la persona, lo cual implicaría evaluar y aceptar que la medida se sujete a la duración de dicho proceso. En ese sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹²

Razonabilidad y proporcionalidad

Puesto de relieve lo relativo al aspecto temporal y sus derivados, es preciso abordar lo relativo a la razonabilidad y proporcionalidad que una medida como las aquí analizadas debe guardar.

El estándar constitucional exige que la medida se funde en elementos objetivos y sea temporalmente razonable. En suma, debe guardar razonabilidad y proporcionalidad.

Los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional consagran los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben regir toda actuación estatal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las medidas restrictivas deben ser idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto. Este test de proporcionalidad se aplica de manera distinta según se trate de suspensión preventiva o sancionatoria.

En la suspensión preventiva, debe ponderarse la gravedad de los indicios contra el perjuicio que la medida genera al funcionario y su familia, especialmente considerando el carácter alimentario del salario y el interés superior del niño cuando corresponda. La medida debe ser idónea para alcanzar el fin cautelar perseguido (evitar el entorpecimiento de la investigación o la continuidad del daño), necesaria (no debe existir una medida menos gravosa que pueda cumplir la misma finalidad) y proporcional en sentido estricto (el beneficio de la medida debe superar el perjuicio que genera).

Cuando la suspensión preventiva se prolonga excesivamente, puede afectar derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, justificando medidas de morigeración como el pago parcial de haberes o el mantenimiento de prestaciones sociales, tal como resolvió la CSJN en el caso “Longarini” respecto a la cobertura de salud –cuestión sobre la que se volverá a continuación–. La prolongación indefinida quebranta el principio de proporcionalidad porque el perjuicio al funcionario y su familia supera el beneficio cautelar que la medida puede generar.

Cuando la sanción aplicada no guarda proporción con la falta cometida, se configura lo que se denomina “exceso de punición”.¹³ La proporcionalidad debe evaluarse considerando la gravedad de la falta, los antecedentes del agente y las circunstancias particulares del caso.

Al respecto, es dable recordar que todo acto administrativo, dentro de los cuales se incluyen los sancionatorios o disciplinarios, deben respetar el “sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas”.¹⁴

12 “Rotondaro, Carlos Armando”, sentencia del año 1963, Fallos 256:182.

13 García Pullés, Fernando, Principios del derecho administrativo sancionador, 1era edición, CABA, Abeledo Perrot, 2020, p. 164.

14 “Schneiderman, Ernesto Horacio c/ Estado Nacional – Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presi-

Corresponde agregar que el respeto al debido proceso requiere, para la imposición de una sanción de suspensión, el agotamiento del proceso, debiendo observar el cumplimiento del respeto al derecho de defensa. Ello incluye la posibilidad de ofrecer y producir prueba de descargo.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha postulado que:

[a]un cuando el ejercicio del poder disciplinario no importe ejercer la jurisdicción criminal propiamente dicha ni el poder ordinario de imponer penas, no cabe olvidar que tales supuestos requieren para su validez la observancia del principio de legalidad y de la garantía del derecho de defensa.¹⁵

En ese sentido, para la adopción de la suspensión preventiva se entiende que corresponde admitir la sumariedad, resultando posible su adopción sin sustanciación previa. Ello más allá de que se debe notificar en forma inmediata y se le debe otorgar la posibilidad de recurrir la medida. Ello así en función de que el carácter cautelar de la misma lo justifica.

Efectos sobre la remuneración: el carácter alimentario del salario

La cuestión del derecho a percibir remuneración durante la suspensión constituye uno de los aspectos más delicados de la cuestión en ambas figuras, especialmente por la tensión entre la finalidad de la medida y la protección de derechos fundamentales de la persona involucrada.

La Corte Suprema estableció como principio general en “Guardia”¹⁶ que “no procede el pago de sueldos por funciones no desempeñadas”. Esta regla se basa en la correlación entre prestación laboral y contraprestación salarial. Sin embargo, en el mismo pronunciamiento, la Corte reconoció que “el principio admite excepciones cuando existen fundamentos graves para justificarlos”. Considerando que “la misma gravedad de hechos investigados, la vastedad del sumario y la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho planteadas” habían obligado a prolongar la suspensión preventiva, y que los interesados no se hallaban “habilitados para ejercer la profesión u otra actividad lucrativa”, la Corte ordenó el pago del cincuenta por ciento de los haberes para “atender la situación de emergencia alimentaria que alegan”.

Este criterio reconoce implícitamente el carácter alimentario de la remuneración. La Constitución Nacional en su artículo 14 bis consagra la retribución justa como derecho fundamental. La remuneración tiene naturaleza alimentaria, destinada a satisfacer las necesidades básicas del trabajador y su familia. Este carácter se acentúa cuando existen incompatibilidades legales que impiden ejercer otras

dencia de la Nación s/Nulidad de resolución”, sentencia del 8/04/2008, Fallos: 331:735.

15 “Flores, María José c/ EN-M Público de la Defensa s/ amparo ley 16.986”, expte. CAF2580/2018/CS001, sentencia del 9/2/2023. Fallos: 346:12.

16 “Guardia, Carlos Eduardo y otra”, sentencia del 22/08/1985, Fallos: 307:1485; coincidente con lo expresado en “Perrone, Elba Clotilde c/ Estado Nacional - Dirección General Impositiva”, sentencia del 21/05/1996, Fallos: 319:844; entre muchos otros.

actividades lucrativas, como ocurre con los agentes del Poder Judicial. En la disidencia de los Dres. Fayt y Zaffaroni en “Longarini”, ya citado, se enfatizó precisamente el “carácter alimentario de la remuneración” y las especiales incompatibilidades de los agentes judiciales.

La jurisprudencia también ha resuelto la problemática de la doble suspensión estableciendo el principio de compensación temporal. En “Díaz Funes de Martínez”,¹⁷ la CSJN determinó que:

Si el lapso que insumió la suspensión preventiva del empleado superó el comprendido por la medida disciplinaria que se le aplicara, corresponde el pago de los haberes que dejó de percibir, en lo que excedió la sanción, actualizados al momento de su efectivo pago.

Este criterio evita que el agente sufra una doble penalización y garantiza que el tiempo de suspensión preventiva se compute como parte del cumplimiento de la sanción definitiva.

Además, cabe sostener que si en el caso en que se hubiera dictado una suspensión preventiva pero finalmente el agente no sea sancionado, o lo sea por una sanción menor –como ser un apercibimiento–, se le deben restituir los salarios impagos, en virtud de que se le ha impedido ejercer su actividad y, en función de ello, impedido de obtener ingresos por una actividad lícita. Podría entenderse que lo contrario implicaría pretender un sacrificio especial del agente.

La suspensión sancionatoria, por el contrario, implica la pérdida definitiva de las remuneraciones como consecuencia legítima de la falta disciplinaria acreditada, sin derecho a reintegro. Esta diferencia es coherente con la naturaleza de cada figura: mientras la suspensión preventiva no presupone culpabilidad y debe ser reversible en sus efectos patrimoniales, si se demuestra la inocencia o si excede el tiempo de la sanción finalmente impuesta, la suspensión sancionatoria es consecuencia de una conducta reprochable debidamente acreditada.

Resulta prudente mencionar que, respecto de las personas a las que se les hubiera dictado una medida preventiva de suspensión por encontrarse sometido a un proceso judicial, y fuera luego absuelto o sobreseído en sede judicial, si no media absolucón o sobreseimiento en el ámbito disciplinario no corresponderá el reintegro salarial.¹⁸

Ahora bien, resulta razonable concluir que en caso de que la persona sobre la que pese una medida precautoria de suspensión preventiva y durante esta falleciera, no corresponderá reconocer la percepción de salarios caídos a sus herederos, por cuanto, como se mencionó, el principio es que no procede el pago de la remuneración por funciones no desempeñadas –siendo reconocidas excepcionalmente, como ya se refirió–. Esta resolución definitiva del sumario no puede interpretarse más que como un

¹⁷ Díaz Funes de Martínez, Carmen s/ reintegro” (Fallos: 313:572, 1990),

¹⁸ “Lencina, Ramno Magdalena y otros c/ Policía Federal Argentina s/ Personal militar y civil de las FFAA y de Seg.”, expte CAF269/1989/1/RH00104, sentencia del 4/2/2021, Fallos 344:5.

caso fortuito y no resulta asimilable a las circunstancias excepcionales que permitirían apartarse del principio mencionado.¹⁹

En función de todo lo expresado, debe tenerse en consideración la prolongación en el tiempo de la medida y los derechos que se ven afectados por su mantenimiento. Resulta entonces razonable evaluar este aspecto periódicamente, morigerando los ingresos necesarios para que la medida preventiva no se convierta en una sanción en sí misma, pudiendo variar la proporción salarial pertinente según las circunstancias fácticas del caso.

Efectos sobre otros derechos involucrados. Obra social, carrera administrativa y derechos jubilatorios. Grupo familiar

En este punto, cabe destacar que cuando el funcionario suspendido tiene hijos menores de edad, opera el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN), que establece que en todas las medidas concernientes a los niños debe atenderse primordialmente al interés superior del niño. La privación total de ingresos familiares puede comprometer este interés superior, justificando medidas de morigeración.

Además, como estableció la CSJN en otro pronunciamiento dictado respecto de la misma peticionaria en las actuaciones “Longarini”,²⁰ que “la suspensión preventiva, originada en un procesamiento, no puede derivar en una situación de privación de las prestaciones relacionadas con la protección de la salud”. El artículo 14 bis de la CN consagra los “beneficios de la seguridad social” como derechos irrenunciables, establece la “protección integral de la familia” y el artículo 17 de la Convención Americana reconoce a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” que debe ser protegida por el Estado.

Al respecto, teniendo en cuenta la finalidad de la suspensión preventiva, pareciera irrazonable que automáticamente una medida de carácter cautelar en una etapa larval de una investigación prive a la persona de las prestaciones de salud. Incluso parece inapropiado que ello ocurra ante el dictado de una medida disciplinaria. Menos aún para el grupo familiar del investigado o sancionado.

A todo evento, como este carácter accesorio no suele ser contemplado en el marco de una medida como las aquí analizadas, es preciso destacar que ante un requerimiento relativo al tema debe hacerse lugar, por las razones invocadas –ya sea por encontrarse bajo tratamiento médico la persona o su grupo familiar o por otra razón–.

Cabe añadir que la suspensión preventiva, por su naturaleza cautelar y no sancionatoria, no genera efectos sobre la carrera del funcionario ni se computa como antecedente disciplinario. Esta característica es coherente con su finalidad de asegurar la investigación sin adelantar juicio sobre la culpabilidad

19 “Salomón, Julia Albanis c/ AFIP s/laboral”, CSJ 776/2013 (49-S)/CS1, sentencia del 9/6/2015.

20 “Longarini, María José s/recurso de reconsideración”, Expte. N° 2.667/2004, Resolución del 6/2/2007, N° 14/07.

del agente. Si el procedimiento concluye con la absolución del agente, la suspensión preventiva no debe dejar rastro en su legajo ni afectar sus perspectivas de carrera.

La suspensión sancionatoria, por el contrario, constituye un antecedente que puede incidir en futuras evaluaciones, ascensos y beneficios. Esta consecuencia es inherente a su naturaleza punitiva: la sanción disciplinaria refleja una conducta reprochable que el ordenamiento jurídico considera relevante para evaluar la idoneidad del funcionario.

Respecto a los derechos jubilatorios, la distinción también es relevante. Mientras la suspensión preventiva no debería afectar el cómputo de servicios para la jubilación, la suspensión sancionatoria puede implicar la pérdida del tiempo de servicios correspondiente. Esta diferencia responde nuevamente a la naturaleza de cada figura: la suspensión preventiva es un período durante el cual el agente está impedido de prestar servicios por razones cautelares ajenas a su responsabilidad definitiva, mientras que la suspensión sancionatoria constituye una interrupción del servicio imputable al funcionario como consecuencia de su conducta.

Conclusiones

La distinción entre suspensión preventiva y suspensión sancionatoria no es meramente formal sino sustancial, con importantes consecuencias en el ejercicio de derechos fundamentales. Mientras la primera constituye una medida cautelar provisional destinada a preservar la investigación sin adelantar juicio sobre la culpabilidad, la segunda es una sanción definitiva que requiere el agotamiento del debido proceso y la acreditación fehaciente de la conducta reprochable.

La naturaleza cautelar de la suspensión preventiva impone límites estrictos: debe estar justificada en elementos objetivos, ser temporalmente razonable, estar sujeta a revisión periódica y no puede transformarse en una sanción encubierta por el transcurso del tiempo. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha evolucionado hacia un control cada vez más estricto de estas medidas, reconociendo que la prolongación indefinida vulnera garantías constitucionales fundamentales como el derecho al trabajo, el debido proceso y la presunción de inocencia.

El carácter alimentario del salario y la protección integral de la familia imponen considerar seriamente el impacto de la suspensión preventiva sobre el funcionario y su grupo familiar, especialmente cuando existen incompatibilidades legales que impiden el ejercicio de otras actividades lucrativas. La jurisprudencia ha reconocido que situaciones excepcionales justifican medidas de morigeración como el pago parcial de haberes o el mantenimiento de prestaciones sociales.

La suspensión sancionatoria, en cambio, constituye el ejercicio legítimo de la potestad disciplinaria estatal, pero requiere inexcusablemente el agotamiento del debido proceso con todas sus garantías: procedimiento contradictorio completo, posibilidad de ofrecer y producir prueba, resolución fundada y derecho de recurrir. La proporcionalidad entre la falta y la sanción debe evaluarse considerando la gravedad de la conducta, los antecedentes del agente y las circunstancias particulares del caso.

Es necesaria una regulación que establezca marcos temporales claros, procedimientos de revisión periódica obligatoria y regulación expresa de situaciones que justifican el pago de haberes durante la suspensión preventiva.

La aplicación correcta de ambas figuras exige el respeto irrestricto de las garantías constitucionales, evitando que la suspensión preventiva se transforme en una sanción encubierta y asegurando que la suspensión sancionatoria se funde en un procedimiento contradictorio completo. La correcta comprensión y aplicación de estas figuras jurídicas contribuye no solo a la protección de los derechos individuales, sino también al fortalecimiento de la administración pública y del sistema de justicia en su conjunto.

Referencias bibliográficas

Cassagne, Juan C. (2018). *Curso de Derecho Administrativo* (12ª ed., t. II). La Ley, p. 250.

Comadira, Julio R. et al. (2018), *Curso de Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot, pp. 1047-1050.

García Pullés, Fernando (2020). *Principios del derecho administrativo*. Abeledo Perrot, p. 164.

Marienhoff, Miguel S. (1974). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo III-B). Abeledo Perrot, p. 418.

Repetto, Alfredo L. (2024). *Procedimiento Administrativo Disciplinario*. Cathedra Jurídica, p. 487.

Schenone, Eduardo J. (2023). “El principio de ley penal más benigna - su aplicación en el derecho administrativo sancionador” en *Revista de Derecho Público* (t. 2023-1), p. 349.

Repensar los aspectos relevantes en el pronunciamiento del Congreso de la Nación en materia de DNU

Debate legislativo abierto



*Alexis Maximiliano Werner**

Introducción

En este artículo, proponemos el análisis de aspectos relevantes sobre el plazo de pronunciamiento del Congreso Nacional en materia de DNU, en el marco de lo establecido en el artículo 99, inciso 3° de la Constitución Nacional, en el artículo 22 de la Ley N° 26122, de los objetivos de la reforma constitucional de 1994 y recientemente el proyecto de reforma de la Ley N° 26122 con trámite de inicio en el Senado en el año 2025.

Para ello, nos referiremos a las normas que establecen el marco de los DNU receptados en el artículo 99, inciso 3°, de la CN, y su control parlamentario, reglamentado por la Carta Magna y la Ley N° 26122.

Luego, haremos foco en la redacción del artículo 22 de la ley reglamentaria para que las Cámaras del Congreso de la Nación emitan su resolución por la aceptación o rechazo del DNU en estudio.

A partir de ello, reflexionaremos desde la perspectiva de la voluntad del constituyente, de la voluntad del legislador, de la doctrina nacional y las experiencias extranjeras, si la redacción actual cumple con los estándares constitucionales.

* El autor es abogado recibido en la Universidad de Buenos Aires (2015), maestrando en la Universidad Torcuato Di Tella, de la Maestría en Derecho Tributario (Tesis finalizada). Docente de Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad Nacional del Oeste y en la Universidad EAN. Se desempeña como secretario del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10.

El DNU: definición y télesis planteada por la Reforma Constitucional de 1994

En materia de atribuciones del Poder Ejecutivo, el artículo 99, inciso 3º, de la Carta Magna dispone que no podrá en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Seguidamente, la Constitución Nacional establece que, solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de las leyes y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, el Poder Ejecutivo Nacional podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, juntamente con el jefe de gabinete de ministros (Const. 1994, art. 99, inc. 3º).

A continuación, la Ley Suprema dispone que el jefe de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente y que “[e]sta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras” (Const. 1994, art. 99, inc. 3º).

Respecto de la reglamentación del control posterior que debe realizar la Cámara Bicameral Permanente sobre los decretos materialmente legislativos y, entre ellos, los Decretos de Necesidad y Urgencia, el Congreso de la Nación sancionó en el año 2006 la Ley N° 26122, la cual fija que, “[e]levado por la Comisión el dictamen al plenario de ambas Cámaras, éstas deben darle inmediato y expreso tratamiento” (Ley N° 26122, 2006, art. 21; Const. 1994, art. 99, inc. 3º).

En esta tesitura, “[l]as Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso conforme lo establecido en el artículo 82 de la Constitución Nacional. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento de forma inmediata” (Ley N° 26122, 2006, art. 22).

Al respecto, es importante señalar que, si un decreto cuestionado ha sido oportunamente sometido a la Comisión Bicameral Permanente, según lo dispuesto en los artículos 10, 19 y 21 de la Ley N° 26122, esta debe pronunciarse en el término de diez días sobre la adecuación del decreto a los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado y elevar el respectivo dictamen a cada Cámara para su inmediato tratamiento (Ley N° 26122, 2006, arts. 10, 19 y 21).

Sin perjuicio de ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N° 26122, vencido el plazo para que la Comisión Bicameral emita su dictamen, las Cámaras se abocarán directamente al tratamiento del decreto, de manera expresa e inmediata, pero sin fijar plazo alguno para que se expresen.

Tal como mencionamos más arriba, el artículo 22 dispone que las Cámaras se pronunciarán mediante sendas resoluciones y establece que el rechazo o aprobación de los decretos debe ser expreso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 de la CN que no admite la sanción tácita o ficta.

En este contexto, las disposiciones constitucionales denotan que la Convención reformadora de 1994 apuntó a la atenuación del rol presidencial y al fortalecimiento del Departamento Legislativo pues concibe la regla de la prohibición del dictado de decretos materialmente legislativos y, en casos excepcionales y estrictísimos, permite el dictado del DNU sujeto al cumplimiento de determinados requisitos fácticos y procedimentales.

Así, se advierten en el texto constitucional claras directrices sobre la emisión de DNU: el tratamiento inmediato del DNU bajo control del Poder Legislativo de la Nación –y frente a la existencia de “caso-causa contencioso” la posible judicialización, en el caso en concreto–, la resolución expresa de cada una de las Cámaras, mediante la cual deben emitir su aprobación o rechazo (Const. 1994, art. 99, inc. 3º) y la pena de nulidad absoluta e insanable (Const. 1994, art. 99, inc. 3º) para aquellas disposiciones legislativas que incumplan los requisitos sustantivos y formales que aseguran su legalidad.

En este orden, el sistema de división de poderes y de controles recíprocos no ha variado luego de la última reforma constitucional, por lo cual, “no puede sostenerse, en modo alguno, que el Poder Ejecutivo puede sustituir libremente la actividad del Congreso o que no se halla sujeto al control judicial” (v. CSJN, “Consumidores Argentinos”,¹ cons. N° 7).

Bajo esta perspectiva, los artículos 10, 19, 20, 21, 22 y 24 emanados de la Ley N° 26122 y los artículos 82 y 99, inciso 3º, de la Carta Magna, demandan un esfuerzo interpretativo.

Ello es así, porque el sistema de control parlamentario fijado por la Ley N° 26122 crea una situación frente al supuesto de que ambas Cámaras no se expresen o, en su defecto, que una de las Cámaras emita su pronunciamiento y la otra no lo efectúe. En tal caso, cabe cuestionarse si tienen un plazo para hacerlo, lo cual conlleva al interrogante planteado en este artículo.

¿Existe un plazo para que el Congreso Nacional se expida sobre la validez constitucional de un DNU? ¿Debería haberlo?

Para analizar si existe o debería haber un plazo para que las Cámaras del Congreso de la Nación acepten o rechacen un DNU en estudio, es útil contemplar distintas ópticas exegéticas.

La voluntad del constituyente

El Alto Tribunal ha señalado que las directrices de la reforma constitucional apuntaron a atenuar el sistema presidencialista, fortalecer el rol del Congreso y la independencia del Poder Judicial y que, en virtud de ello,

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, C. 923. XLIII. Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto.558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986. sentencia del 19 de mayo de 2010 (Fallos 333:633).

es ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia (CSJN, “Consumidores Argentinos”² y sus citas).

En esta inteligencia, la introducción de los Decretos de Necesidad y Urgencia en el artículo 99, inciso 3º, CN, como se ha referido precedentemente, guarda cierta armonía con los lineamientos apuntados, dado el régimen excepcional y el control parlamentario posterior al que se han sometido.

Sin embargo, al examinar la ley reglamentaria, surge el interrogante sobre el plazo para que las Cámaras se pronuncien acerca de la validez constitucional del DNU bajo examen.

Este tópico se hace notar ante la falta de dictamen oportuno de las Cámaras, cuando solo una de ellas pronuncie su resolución, supuesto que ha dado lugar a diversas ópticas respecto de la vigencia del decreto analizado.

Acerca de esta cuestión, Gelli se refiere al voto concurrente de la jueza Argibay en el pronunciamiento de la Corte “Consumidores Argentinos”, quien expresó en referencia del DNU cuestionado que, luego de su dictado, no tuvo lugar nada similar al procedimiento legislativo previsto en el tercer párrafo del artículo 99.3 de la Constitución Nacional y que, por lo tanto, no hubo pronunciamiento oportuno por parte de las Cámaras del Congreso.

A raíz de ello, la autora plantea que “cabe interrogarse acerca de si esta afirmación constituye un indicio de que si, a los menos, no se pronuncian las dos Cámaras, el decreto resulta impugnabile ante la justicia” (Gelli, 2018: 458).

Sagües y Cayuso consideran que la omisión de alguna de las Cámaras implica la falta de convalidación del DNU por parte del Congreso Nacional y, por lo tanto, se configuraría una inconstitucionalidad por omisión (Sagües, 2006; Cayuso, 2006).

Por su parte, Sagües sostiene que

[I]a directriz constitucional es sumamente clara, por lo que, en verdad, no hay necesidad de determinar por ley el plazo: el dictamen de la Comisión Bicameral Permanente debe abordarse, por imperativo constitucional [...] acto seguido de su recepción; ‘de inmediato’ significa eso y no otra cosa (Sagües, 2006).

Sin perjuicio de la existencia de diversas posturas doctrinarias al respecto, que analizan la cuestión de la inexistencia del plazo y la vinculan con sus consecuencias ante el silencio de algunas de las Cámaras, lo cierto es que este no fue establecido en oportunidad de reformar la Constitución en 1994.

2 *Ibidem.*

Podría pensarse que no se lo consideró necesario por ser el texto constitucional lo suficientemente rector o bien, que se difirió su consideración para la oportunidad de la reglamentación del control parlamentario previsto en el artículo 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional.

La voluntad del legislador

La ausencia de plazo establecido en la Ley N° 26122 para emitir dictamen de las Cámaras fue motivo de debate en la reunión en la Comisión de Asuntos Constitucionales celebrada en la Cámara de Diputados de la Nación (conf. versión taquigráfica transcripta el 12/07/2006).

Del debate acaecido en la Comisión de Asuntos Constitucionales se observará que la discusión se vinculó con los efectos del silencio legislativo y el alcance del artículo 82 de la CN.

Así, el diputado Pérez esgrimió que “[c]reemos que es necesario establecer un plazo para la reglamentación vencido el cual debe considerarse la no ratificación del decreto de necesidad y urgencia” (Reunión de Asuntos Constitucionales HCD, 12/07/2006).

Contrariamente, la diputada Romero afirmó:

Pero ¿qué se dijo en la Convención Constituyente de 1994? Se habló de plazos para que la Comisión se expidiera y sin embargo no se dijo nada sobre un plazo para el Congreso o el pleno. Si la Constitución contiene una expresión que habla de “inmediato tratamiento” (Reunión de Asuntos Constitucionales HCD, 12/07/2006).

Al respecto, el diputado Negri sostuvo que “[l]o que no dijo en la reforma del 94 se quiso salvar con la frase ‘de inmediato’, y además se envió un proyecto de ley para reglamentarlo porque no se podía resolver en la Asamblea Constituyente” (Reunión de Asuntos Constitucionales HCD, 12/07/2006).

Luego de su sanción, la Ley N° 26122 dispone en su artículo 22 que las Cámaras se pronuncien mediante sendas resoluciones y determinen de manera expresa la aprobación o el rechazo del decreto en estudio, conforme el artículo 82. Por otra parte, el artículo 24 de la ley reglamentaria exige el rechazo por ambas Cámaras para tener por derogado el decreto en análisis.

A partir de ello, las posturas de la doctrina nacional son divergentes y analizan la importancia del plazo en función del alcance del artículo 82 de la CN y el posible silencio legislativo.

Al respecto, explica Gelli que

basta con que una de las Cámaras del Congreso [...] no se pronuncie para que el decreto permanezca vigente y produzca plenos efectos. A más de ello la ley no fijó plazo para que se expidan las Cámaras del

Congreso en función del examen de validez y control de los decretos mencionados (Art. 24). Dicho de otro modo, los decretos delegados, los decretos de promulgación parcial de leyes y los decretos de necesidad y urgencia mantendrán su validez y producirán efectos sobre los derechos de las personas, hasta que *ambas* Cámaras lo rechacen expresamente (Gelli, 2018: 460).

Bianchi coincide en que la voluntad del legislador fue la de resguardar la vigencia de los decretos cuyo control se requiera a la Comisión Bicameral Permanente y afirma que

de todas las opciones que tenía el legislador para diseñar el control parlamentario de los DNU fueron ejercidas en favor de la vigencia y mantenimiento de estos. Así, frente a la posibilidad de optar entre poner o no poner un plazo a las Cámaras para expedirse, se optó por no ponerlo. Frente a la opción de exigir un rechazo expreso o tácito, se eligió un rechazo expreso y en lugar de que el rechazo de una sola Cámara fuera suficiente se exige el de ambas (Bianchi, 2021: 327).

¿Es necesario y razonable establecer un plazo para emitir la resolución expresa de las Cámaras?

Ahora bien, analizadas las diversas posturas reseñadas *supra*, cabe cuestionarse si sería razonable establecer un plazo en la norma, de manera expresa, para exigir el dictado de la resolución expresa de ambas Cámaras del Congreso de la Nación, en razón de las claras directrices constitucionales que emanan del artículo 99, inciso 3º.

Más allá de la inexistencia actual de un plazo concreto en la ley, ¿adoptar un plazo sería lo más razonable y adecuado a los lineamientos constitucionales y a los objetivos de la reforma de 1994 para asegurar la supremacía de la Constitución Nacional?

En opinión de Gelli, una interpretación razonable de los artículos 82 y 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional exige que las dos Cámaras se expidan expresamente de forma inmediata acerca de la validez constitucional del DNU. Al respecto, afirma que

[d]e resultas de esas normas constitucionales la finalidad de control —y el eventual rechazo de esos decretos— se cumple con la manifestación de desaprobación de cualquiera de las Cámaras del Congreso o con el silencio de ambas o una sola, en un plazo que necesariamente debería ser breve (Gelli, 2018: 460).

Además, para analizar este interrogante es útil examinar la experiencia del plano internacional. Manili detalla que la mayoría de las constituciones no regulan los decretos de contenido legislativo, pero que

de las constituciones que sí los regulan, la mayoría pertenecen a sistemas parlamentarios y no presidencialistas (Manili, 2021).

Así, todas prevén su remisión inmediata al Poder Legislativo para su control y la mayoría de ellas establecen un plazo para el envío y para la decisión del legislativo (Manili, 2021: 98).

En esta tesitura, a modo de ejemplo, se puede mencionar que la Constitución de la República Española de 1931 dispone un plazo para enviar esa norma al parlamento inmediatamente y un plazo para que el parlamento lo trate en treinta días. Manili puntualiza que el Tribunal Constitucional español sostuvo que estos decretos se someten a un doble control, el ejercido por el parlamento que analiza criterios de oportunidad, política y jurídicos, y, por otro lado, el del Tribunal Constitucional que verifica los requisitos de su dictado y las materias prohibidas que no pueden ser invadidas (Manili, 2021: 91).

En igual sentido, Italia, Grecia y Brasil establecen un plazo para enviar el decreto al parlamento y para su tratamiento (Manili, 2021: 93-95).

Interpretación literal y armónica de los artículos 82, 99, inciso 3º, de la CN y de los artículos 22 y 24 de la Ley N° 26122

Luego de la reseña jurisprudencial y doctrinal, a fin de responder el interrogante planteado, a partir de todo lo dicho hasta aquí sobre la actuación de las Cámaras en el proceso de control parlamentario, es relevante destacar que, de la interpretación armónica de los artículos 22 de la Ley N° 26122, 99, inciso 3º, y 82 de la Carta Magna, la oportunidad del tratamiento de las Cámaras debe ser inmediato, dada la exigencia de un pronunciamiento expreso, a fin de cumplimentar con el principio de supremacía constitucional y el principio cardinal de división de poderes.

En este marco, la inmediatez establecida por la norma sugiere cierta brevedad o prontitud, pero ¿cuál sería el parámetro para apreciar si se ha respetado el deber de darle inmediato tratamiento si no existe un plazo definido?

Es relevante que el artículo 20 de la ley reglamentaria dispone que, vencido el plazo para que la Comisión Bicameral emita su dictamen, las Cámaras se abocarán directamente al tratamiento del decreto, de manera expresa e inmediata. Si bien en el artículo 24 se establece que la derogación y consecuente pérdida de vigencia del decreto de necesidad y urgencia está subordinada al rechazo por ambas cámaras, no es posible prescindir de que la propia ley reglamentaria exige el tratamiento expreso e inmediato; y la preservación de la vigencia del decreto de excepción solamente tiene sentido en la medida en que se respete ese parámetro (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN DNM s/ Amparo Ley 16.986, Expte. N° 3061/2017, sentencia del 22/03/2018).

Bajo esta perspectiva, se ha dicho que

corresponde que, *dentro de un plazo razonable*, la Comisión Bicameral Permanente dictamine respecto del cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales establecidos constitucionalmente para su dictado, y el Congreso se expida al respecto; de conformidad con lo establecido en los artículos 2° y 10°, del Título II, y concordantes de la ley 26.122 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN DNM s/ Amparo Ley 16.986, Expte. N° 3061/2017, sentencia del 22/03/2018, Voto Dr. Alemany).

A ello corresponde añadir que la brevedad exigida por el inmediato tratamiento instituido por la Constitución Nacional en su artículo 99, inciso 3°, y la experiencia internacional reseñada más arriba convencen de la razonabilidad de determinar un plazo expreso para el tratamiento de un decreto bajo control por parte de las Cámaras.

En efecto, la determinación de un plazo cooperará con el fortalecimiento de las instituciones y reforzará el fin del control parlamentario respecto de las facultades legislativas de excepción del Poder Ejecutivo Nacional, asegurando la supremacía constitucional, tarea que recae constitucionalmente en el Órgano Legislativo.

El Proyecto de Ley con media sanción del Senado, la devolución: un plazo para expedirse sobre el rechazo o aceptación de un decreto en examen

A la postre, no se puede soslayar que recientemente en el Congreso de la Nación comenzó el proceso legislativo para la modificación de la Ley N° 26122.

Justamente, en la Honorable Cámara de Senadores, la modificación de la ley recibió la media sanción,³ que recoge las consideraciones que hemos formulado hasta aquí y las encuadra en la manda constitucional dirigida a la Comisión Bicameral Permanente.

3 El Proyecto de Ley mencionado dispone: "ARTÍCULO 1°- Incorpórese el artículo 1 bis a la Ley 26.122, el cual quedará redactado de la siguiente manera: ARTÍCULO 1° bis: Los decretos mencionados en el artículo 1 deberán versar sobre una única materia a fin de que sean tratados individualmente por el Congreso de la Nación. Si la situación invocada requiriera el dictado de normas en más de una materia, cada una de ellas deberá ser objeto de un decreto individual. ARTÍCULO 2°- Incorpórese el artículo 21 bis a la Ley 26.122, el cual quedará redactado de la siguiente manera: ARTICULO 21 bis: Ambas Cámaras podrán abocarse aun durante el período de receso parlamentario al expreso e inmediato tratamiento de los decretos a los que refiere la presente ley. ARTÍCULO 3°- Sustitúyase el artículo 22 de la Ley 26122 por el siguiente: PRONUNCIAMIENTO - APROBACIÓN. ARTÍCULO 22.- Los decretos mencionados en el artículo 1°, se considerarán aprobados cuando así lo dispongan expresamente ambas Cámaras por la mayoría absoluta de los presentes, en un plazo de noventa (90) días corridos contados desde su publicación en el Boletín Oficial. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles de producido. ARTÍCULO 4°- Modifíquese el artículo 24 de la Ley 26.122, que quedará redactado de la siguiente manera: RECHAZO - EFECTOS JURÍDICOS. ARTÍCULO 24°- El rechazo del decreto por una de las Cámaras del Congreso de la Nación, o el vencimiento del plazo previsto en el artículo 22° implicará su derogación, de acuerdo a lo que establecen los artículos 5° y 7° del Código Civil y Comercial de la Nación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Rechazado un decreto de necesidad y urgencia, o de delegación legislativa, el Poder Ejecutivo no podrá dictar otro que verse sobre la misma materia durante ese año parlamentario. ARTÍCULO 5°- La presente ley entrará en vigencia el día de su publicación en el Boletín oficial. ARTÍCULO 6°- Comuníquese al Poder Ejecutivo."

En efecto, el Proyecto de Ley discutido en las sesiones ordinarias de 2025 del Senado de la Nación propone varias modificaciones en la Ley N° 26122.

En lo concerniente al tema en estudio, es dable destacar que el proyecto, con una técnica legislativa en concordancia con la Constitución Nacional, contempla la modificación del artículo 22 de la mentada ley y consagra un plazo perentorio de 90 (noventa) días corridos desde la publicación oficial del decreto, para su tratamiento por parte de ambas Cámaras del Congreso.

En lo que aquí importa, la redacción modificada del artículo 22 de la Ley N° 26122, dispone que

[l]os decretos mencionados en el artículo 1º, se considerarán aprobados cuando así lo dispongan expresamente ambas Cámaras por la mayoría absoluta de los presentes, en un plazo de noventa (90) días corridos contados desde su publicación en el Boletín Oficial. Cada Cámara comunicará a la otra su pronunciamiento dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles de producido (conf. art. 3º del Proyecto de Ley).

Además, se propone un nuevo texto del artículo 24 de la Ley N° 24122, referente al rechazo del decreto examinado:

El rechazo del decreto por una de las Cámaras del Congreso de la Nación, o el vencimiento del plazo previsto en el artículo 22 implicará su derogación, de acuerdo a lo que establecen los artículos 5º y 7º del Código Civil y Comercial de la Nación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Rechazado un decreto de necesidad y urgencia, o de delegación legislativa, el Poder Ejecutivo no podrá dictar otro que verse sobre la misma materia durante ese año parlamentario (conf. art. 4º del Proyecto de Ley).

Asimismo, es relevante destacar que, en atención a la urgencia que requiere el tratamiento de los decretos sometidos a examen, el Proyecto de Ley introduce el artículo 21 *bis*, que establece que ambas Cámaras podrán abocarse aun durante el período de receso parlamentario al expreso e inmediato tratamiento de los decretos a los que refiere la presente ley (conf. art. 2º del Proyecto de Ley).

No obstante ello, la Cámara de Diputados de la Nación devolvió al Senado el proyecto por el cual se modifica la Ley N° 26122, ya que –entre otras cuestiones– no se obtuvo la mayoría necesaria en la Cámara de Diputados para aprobar el artículo 3º del proyecto de ley aludido.

Ahora bien, la comisión de asuntos constitucionales de la Cámara de Senadores con fecha 4 de noviembre de 2025, en la orden del día N° 670, aconsejó insistir en la sanción originaria del Senado. Debate que quedará pendiente para el próximo año legislativo, en atención a que no fue incluido dentro del temario de las sesiones extraordinarias convocadas por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto N° 865/2025.

Conclusiones

A partir de todo lo expuesto, es posible pasar en limpio algunas reflexiones.

En primer lugar, se puede concluir que la ausencia de un plazo expreso en el artículo 22 de la Ley N° 26122, para que las Cámaras resuelvan sobre el rechazo o aprobación de un DNU, no implica que no deban expedirse con celeridad y en un plazo razonable, dado que la inmediatez instituida por el texto constitucional alude a la prontitud sin lugar a dudas.

Sin perjuicio de ello, es dable sostener que los objetivos de la reforma de 1994, tendientes a la atenuación del presidencialismo, el fortalecimiento del rol del Congreso de la Nación y de la independencia del Poder Judicial, podrían cumplirse de un modo más efectivo si existiera un plazo concreto al que las Cámaras deban ceñir la emisión de la resolución expresa exigida por la Ley N° 26122, modificación que corresponde a la órbita legislativa.

Por último, en este proceso de constante evolución, el reciente proyecto de ley que hemos reseñado resuelve este interrogante que originó diversas posturas en doctrina y problemas jurídicos indefinidos.

Contar con un plazo de 90 días corridos para el tratamiento y resolución de ambas Cámaras, con la previsión adicional de que, de no resolver ambas Cámaras de manera oportuna, el decreto examinado quedaría derogado, responde a las inquietudes desplegadas durante la vigencia de la Ley N° 26122.

Si el proyecto de ley fuera sancionado, resolvería la anómala situación existente de la ausencia de plazo y, por consiguiente, la consecuencia de extender los efectos de los decretos materialmente legislativos, adecuando la ley a los objetivos de la reforma constitucional de 1994 y a las soluciones que hemos visto en derecho comparado, todo lo cual aportaría a una mayor claridad y previsibilidad al delicado equilibrio de los Poderes y robustez a la supremacía constitucional.

Referencias bibliográficas

- Bianchi, Alberto B. (2019). *La Separación de Poderes: un estudio desde el derecho comparado* (1° edición). Ciudad de Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Cayuso, Susana (2006). La delegación legislativa, los DNU y la promulgación parcial. Control político real o aparente, Cita Online TRLALEY AR DOC 2544 2006, La Ley 2006, Tomo D, p. 1, 21/07/2006.
- Gelli, María Angélica (2018). *Constitución de la Nación Argentina* (5° edición, Tomo 2). Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Manili, Pablo Luis (2021). *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado* (Tomo VI, 1° edición). Ciudad de Buenos Aires: La Ley.
- Sagúes, Néstor, “La regulación legislativa de los decretos de necesidad y urgencia (DNU)”, La Ley Cita Online TRLALEY 0003012879, Jurisprudencia Argentina 2006, Tomo IV, P.1040.

Fallos citados

Corte Suprema de Justicia de la Nación, C. 923. XLIII. Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto.558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986. sentencia del 19 de mayo de 2010 (Fallos 333:633).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN DNM s/ Amparo Ley 16.986, Expte. N° 3061/2017, sentencia del 22/03/2018.

Proyecto de Ley

Proyecto de Ley con media sanción en el Honorable Senado de la Nación propuesto para ser aprobado por la Comisión de Asuntos Constitucionales, en el Orden del Día N° 428 correspondiente a la sesión del 21 de agosto de 2025.

A 50 años del 24 de marzo de 1976

Una perspectiva histórica
acerca del por qué y el para qué de la
última dictadura cívico-militar



Victoria Bedin*

Introducción. La violencia política

Uno de los abordajes con los que más insistimos en las aulas universitarias, al estudiar la historia de la segunda mitad del siglo XX en nuestro país, parte de la hipótesis según la cual no puede entenderse el terrorismo del último golpe de Estado y los crímenes de lesa humanidad probados en sede judicial, con todas las garantías constitucionales (incluyendo los centros clandestinos de detención, torturas, grupos de tareas, la desaparición de los detenidos y de sus cuerpos luego de asesinados –que medio siglo después sigue identificando el Equipo de Antropología Forense–, el siniestro plan sistemático de robo de bebés nacidos en cautiverio que aún hoy Abuelas de Plaza de Mayo continúa recuperando y hasta el robo de bienes materiales) sin abordar el proceso histórico-político abierto tras el golpe cívico-militar de 1955. Y ello no se agota en la circunstancia de que haya un sinnúmero de nombres propios y sectores sociales idénticos, que participaron de ambos golpes. Así lo señala Duhalde (2010):

Los múltiples vasos comunicantes entre los golpistas de 1951, 1955, 1966 y 1976 son tan evidentes como el hecho de que la impunidad de que gozaron los asesinos habría de alentar el *in crescendo* criminal

* Abogada (UBA), Especialista en Derechos Constitucionales (Universidad de Pisa, Italia), profesora de Historia Social y Política Argentina y Latinoamericana (Abogacía, UNPAZ), de Historia Constitucional Argentina y Latinoamericana II (Abogacía, UNDAV) y de Elementos de Derecho Constitucional y Constitucionalismo Social (Facultad de Derecho, UBA). Contacto: vbedin@undav.edu.ar

que culminó en 1976 con el secuestro, tortura, detención-desaparición y asesinato de millares de personas. La lección de junio de 1955 había sido aprendida y transmitida por aquellos que constituyeron su criminalidad como un continuo (p. 12).

Los últimos años del segundo gobierno de Juan D. Perón se caracterizaron por una creciente polarización entre el peronismo y el antiperonismo. En cada proceso electoral que se celebraba, el peronismo conseguía mayorías tan contundentes que ni sumándose todos los sectores políticos opositores podían ganarle. Ello, sumado a la reelección presidencial indefinida consagrada en la reforma constitucional de 1949, fue gestando la idea de que solo mediante un golpe de Estado podría desalojarse al peronismo del poder.

Los frustrados intentos de golpe comenzaron desde 1951 y se sucedieron hasta lograrlo. El clima golpista estaba en el aire. En ese marco, en 1953, los comandos civiles antiperonistas detonaron una bomba en la estación del subte “Plaza de mayo” en una manifestación a favor del gobierno, causando seis muertos y casi un centenar de heridos (Page, 1984). Así, con el conflicto con la Iglesia como catalizador de la oposición política, pasado el mediodía de un día hábil, 16 de junio de 1955, aparecieron en el cielo del microcentro, varias oleadas de aviones de la Aviación Naval –con la insignia “Cristo Vence” pintada en el fuselaje (Cichero, 2005)– bombardeando, entre otras, la casa de gobierno, la Plaza de Mayo, los edificios aledaños y la población civil en general que transitaba la zona, con el objeto de matar al presidente, pero también abriendo fuego con sus ametralladoras contra el pueblo de a pie (Hernando Gómez y Nicolaou, 2012: 86) que empezaba a congregarse en su defensa.

Este acto de terrorismo de Estado (Chaves, 2015) abre en nuestro país el período más sangriento de la historia del siglo, en el que los conflictos políticos se resolvieron mediante la violencia ejercida desde el Estado, en este caso por la Marina de guerra. El golpe finalmente se consumó con la participación del Ejército, el 16 de septiembre de ese año. Allí, los bombardeos los padeció la refinería de YPF de Mar del Plata, también Ensenada fue varias veces evacuada y bombardeada en esos días por la Marina y hasta el histórico bar “La Helvética” –que supo ser lugar de reunión de Mitre cuando creó el diario *La Nación*– en plena calle Corrientes, fue destruido por más de veinte cañonazos del Ejército en el golpe autodenominado “Revolución Libertadora”. Finalmente, con los barcos de la Armada apostados frente a la destilería de YPF en La Plata y ante el ultimátum de bombardear, Perón se refugió en la cañonera paraguaya, comenzando así los dieciocho años de exilio en España. En estas dos décadas consideramos que debe buscarse el porqué del golpe de 1976.

Así, la dictadura de 1955 en nombre de la libertad –pese a su primer efímero intento del Gral. Lonardi y su “Ni Vencedores, Ni Vencidos” emulando la tristemente célebre frase de Urquiza en Caseros– inauguró con el Gral. Aramburu y el Almirante Rojas la etapa de pretendida desperonización de la Argentina, a través de la violencia institucional. Se dictó el Decreto N° 4161/56 de prohibición del peronismo (única ideología tipificada como delito en la historia del país) bajo cuya vigencia encarcelaron a dirigentes y militantes. Alegando el “establecimiento de una verdadera democracia y un

efectivo sistema de libertad de acuerdo con nuestra tradición occidental” (conf. Decreto N° 3855/55) se disolvió el Partido Peronista y se decomisaron sus bienes. Se derogó la reforma constitucional de 1949 mediante una proclama militar que restableció la vigencia de la Constitución histórica a la que luego reformaron en 1957 mediante una constituyente convocada por decreto dictatorial en la que prohibieron la participación del peronismo. También fusilaron a sangre fría a militares como el Gral. Valle, que impulsaban un contragolpe, y a civiles que apoyaban el levantamiento –sin juicio previo, con ley posterior al hecho– en los basurales de José León Suárez.

Se inició entonces un período de prolongada dictadura, con breves y excepcionales momentos de apertura electoral restringida –con proscripción del peronismo– de 1958 y de 1963 de los gobiernos radicales en sus dos escisiones, derrocados finalmente por el poder real concentrado de facto en las FF.AA. Incluso cuando se permeó entre las normas electorales manifiestamente inconstitucionales que proscribían nombres propios en base a un derecho fundado en el ejercicio de la violencia, como ocurrió en 1962 cuando Framini –un líder sindical alineado con la conducción de Perón desde el exilio– ganó en las elecciones a gobernador de la provincia de Buenos Aires, se intervino la provincia, se anularon las elecciones y finalmente se precipitó el derrocamiento del radical intransigente Frondizi. Luego, se volvió a la proscripción extrema, gracias a la cual llegó al gobierno con un módico 25,14% de votos, el radical del pueblo, Illia, derrocado tres años más tarde por Onganía en 1966.

Pues lo que no puede soslayarse es que, durante todo el período, el poder constituyente formal y material lo concentraron los sectores militares convertidos en el partido de gobierno de facto, incluso con sus propias internas –como todo partido– entre azules y colorados, en las que se debatía el problema irresoluble de la época: ¿qué hacer con el peronismo? Las opciones eran domesticarlo sin la conducción o exterminarlo bélicamente en tanto enemigo comunista en su versión local, respectivamente. A la luz de 1976, está claro que la opción que fue ganando más adeptos fue la colorada, como la sangre derramada.

Lo cierto es que ese dilema que desde 1955 se centraba en cómo hacer desaparecer al peronismo comenzó a ampliarse hacia toda militancia política que cuestionara el orden establecido, enemigo interno al que se denominó “subversivo”. A partir del golpe de 1966, se dictó un estatuto golpista en la cúspide del orden normativo y se prohibió ya toda la actividad política, incluyendo la intervención de las universidades tras la Noche de los Bastones Largos. Esto empujó a la resistencia a amplios sectores sociales y políticos que no provenían del peronismo y que pasaron también a ser el blanco directo de la represión estatal.

Así es que se fueron cerrando todos los caminos institucionales para la participación política de la oposición al tiempo que se prolongaba la dictadura por métodos cada vez más represivos, incluso culturalmente hablando. Ello sucedía, además, en el marco de un mundo convulsionado, en el que dos grandes polos de poder –EE.UU. y la URSS– se disputaban su predominio sobre el resto del mundo, cuyos pueblos aspiraban a hacer su propio camino autónomo más allá de los intereses de las potencias. Expresiones como esta fueron el Movimiento de Países No Alineados y, en general, el tercermundismo

como la pata potencialmente más peligrosa de aquel mundo bipolar de la *guerra fría* que solo fue fría en el territorio de las potencias.

Lo cierto es que, de un lado a otro de la cortina de hierro, se desplegaron importantes luchas y manifestaciones populares denunciando la explotación del hombre por el hombre, tanto adentro de las naciones como de las potencias imperialistas sobre los pueblos colonizados del mundo, con la emergencia de movimientos de liberación nacional. Asimismo, a partir de la Revolución Cubana, se encendió un foco en la región que extendió la idea de la voluntad política como creadora de las condiciones para transformar el sistema injusto basado en la explotación de riquezas del tercer mundo. Incluso dentro de la Iglesia post conciliar, emergía el *Manifiesto de los 18 Obispos del Tercer Mundo* –provenientes de América, Asia y África– que dio lugar a la militancia revolucionaria con fundamentos cristianos, al plantear que:

Los pueblos del Tercer Mundo forman el proletariado de la humanidad actual, explotados por los grandes y amenazados en su existencia misma por los que, solo por ser los más fuertes, se arrojan el derecho de ser los jueces y los policías de los pueblos materialmente menos ricos. [...] En el momento en que un sistema deja de asegurar el bien común en beneficio del interés de unos cuantos, la Iglesia debe [...] denunciar la injusticia, [...] separarse del sistema inicuo, (y) colaborar con otro sistema mejor adaptado a las necesidades del tiempo, y más justo (Tiempo Latinoamericano, 2014: 66-67).

En ese marco, la irrupción al gobierno de la autodenominada “Revolución Argentina” en 1966, que se planteaba abiertamente como una dictadura sin plazos sino con objetivos y se embanderaba en la defensa de los valores occidentales y cristianos, en un célebre discurso de Onganía en West Point, y que para conseguirlos profundizaba la represión social cerrando todo camino institucional posible para hacer política contra el régimen dictatorial que ya acumulaba más de una década, produjo la emergencia de organizaciones políticas que consideraron que el único camino posible para construir una sociedad más justa era mediante la opción por la vía armada, dado que era precisamente el uso de la violencia desde arriba, desde el Estado, la base de sustento del poder dictatorial, aun teniendo todo para perderlo.

En efecto, es fundamental entender que todo este período al que consideramos de larga dictadura se inauguró y se terminó con fusilamientos de civiles. Ya mencionamos los de inicio de 1956 y en 1972, cuando la inestabilidad política se volvía una olla a presión ingobernable para el partido militar, con los fusilamientos de Trelew que causaron gran indignación, sobre todo cuando la policía reprimió hasta el velorio secuestrando los cadáveres, aun cuando la apertura electoral y el regreso de Perón ya eran un hecho, por el agotamiento del ciclo y producto de una lucha constante de dos décadas. Aca-so el mensaje a transmitir (Koenig, 2013) era que estaban dispuestos a desplegar los métodos de la violencia más extrema para impedir la realización del proyecto de país del peronismo o, en términos

generales, para garantizar a toda costa la dependencia material y política del país en el sistema de poder del mundo. Una vez más, el golpe de 1976 parece confirmar esta hipótesis.

La doctrina francesa y norteamericana frente a la creciente politización nacional

Existe consenso en la historiografía que aborda los años sesenta en Argentina –incluso desde distintas perspectivas de pensamiento– respecto a que fue un período de altos niveles de politización y movilización social (Halperín Donghi, 1994; James, 2004; Torre, 2004). Como explicamos, la participación política –no en el sentido orgánico de los tradicionales partidos políticos– sino en ámbitos estudiantiles, secundarios y universitarios, en los sindicatos con dirigentes nacidos al calor de la resistencia, en la militancia social en los barrios e incluso hasta en las iglesias, florecía de modo incontenible en múltiples y diversos espacios, aún a pesar del escenario represivo planteado por las dictaduras incluyendo los procesos electorales cercenados y controlados por las fuerzas militares en todo el período previo al último golpe de Estado. Esa creciente politización chocaba con la represión y el paulatino pero constante cierre de las vías posibles para canalizar su compromiso político.

Del discurso de 1980 de Riveros, uno de los más destacados genocidas del golpe de 1976 que estuvo a cargo de Campo de Mayo, en la Junta Interamericana de Defensa en Washington, se desprende no solo el reconocimiento de los delitos cometidos: que son crímenes de lesa humanidad, sino sobre todo la explicación acerca de que, hacia 1975, las Fuerzas Armadas habían prácticamente aniquilado a las organizaciones político-militares, mediante la aplicación de la doctrina francesa desde 1957 hasta el Operativo Independencia. Ergo, “la etapa final contra la subversión” según Camps, se dirigió entonces a terminar con todo tipo de militancia política y sindical que se opusiera a su proyecto de país del “mundo libre”.

Al respecto, la investigación de Mazzei (2002) también señala que desde 1957 las FF.AA. se forman en esta doctrina contrainsurgente creada por los franceses en Argelia, e incluso que dictadores como López Aufranc acudieron allí para aprender *in situ* cómo hacer la guerra contrarrevolucionaria. Lo curioso es que esta doctrina militar se aprendió cuando no existía en el país ningún tipo de insurgencia. Y lo que muchas veces se soslaya es que fue aplicada al menos desde 1960 con el decreto del Plan CONINTES (Conmoción Interna del Estado) –firmado por Frondizi– que organizó el territorio en zonas y subzonas dividiendo las jurisdicciones para la represión de las FF.AA., en base a lo cual funcionaron los cientos de centros clandestinos a partir de 1976. De igual modo, la primera desaparición la ensayaron con el metalúrgico Felipe Vallese en 1962 durante el golpe con fachada institucional de otro radical intransigente, Guido. No obstante, la participación de la policía bonaerense fue evidente, pues –por error en la doctrina que estaban aprendiendo– dejaron registro de su paso por una comisaría de San Martín (Koenig, 2013).

Dicha teoría –abordada por Marie-Monique Robin en el film *Escuadrones de la muerte: la escuela francesa*– se complementa con la Doctrina de la Seguridad Nacional enseñada en las Escuelas de las Amé-

ricas (EE.UU.) según la cual las fronteras a defender por las FF.AA. eran ideológicas y, en función de ello, cualquier manifestación, reclamo o participación política, era tomada como el enemigo interno subversivo de la ideología del capitalismo.

En el mismo sentido, el propio Videla confiesa en el libro de Reato (2012) *Disposición Final* que en términos estrictamente militares el golpe no fue para combatir a la “guerrilla” que –señala– ya estaba prácticamente derrotada para 1975, sino que se debió a la percepción de la situación social “caótica” por lo que se consideró necesario para restablecer el orden ante la sociedad “anarquizada”. De manera que aquellos altos niveles de compromiso político en la sociedad debían ser disciplinados en el campo de concentración, como condición de necesidad para implementar el orden del mundo del libre mercado. Consecuentemente, el terrorismo de Estado y los crímenes de lesa humanidad se dirigieron a quebrar todo sentido de participación política y reivindicación social, así –contrariamente a la teoría de los dos demonios– el objetivo de esa brutal represión fue la militancia política y sindical –de organizaciones que no optaron por la vía armada– para desaparecer una generación comprometida con los destinos de su pueblo y de su país, así como para disciplinar a la sociedad respecto a no discutir el orden establecido, por más socialmente injusto que fuera.

La subordinación del país a las nuevas condiciones de dependencia

Pensando con Calveiro en lo que el poder produce, es decir, en el genocidio (en sentido amplio) de 1976, como núcleo de producción de poder y de subjetividades hacia afuera del centro clandestino, podemos decir que el país que se parió allí fue el país de la demonización de la política, en la cual era mejor no inmiscuirse. Pues era peligrosa, sucia, turbia. El objetivo fue sacar al pueblo de las discusiones políticas, para poder religar al país, sin ningún tipo de resistencia, a las nuevas condiciones de dependencia dispuestas por el capitalismo en su etapa de hegemonía del capital financiero y especulativo. En efecto, la despolitización de las mayorías populares es consustancial a la exclusión política de la globalización.

Pues, en 1971 el entonces presidente norteamericano Nixon, había tomado unilateralmente la decisión de poner fin al sistema de Bretton Woods, de tipo de cambios fijos y de convertibilidad del dólar al oro, producto de una crisis evidente de su moneda. El nuevo tipo de cambio flotante, formalizado precisamente en 1976 en los acuerdos de Jamaica, consistió en que el valor de las divisas dejara de estar determinado por el respaldo de las reservas en oro (es decir, por la producción de riqueza real de bienes y servicios) para ser definida por la oferta y la demanda, flotando libremente en el mercado. Esto implicó una superproducción del capital financiero que dejó de tener correlato o anclaje con el capital productivo, lo cual llevó a una superproducción de capitales especulativos que terminó en la hipertrofia o burbujas financieras, cuyos estallidos produjeron daños sociales de enorme envergadura. Así, el capital se transformaba logrando paulatinamente un doble proceso de autonomización, por un lado del trabajo, dado que lograba reproducirse a sí mismo a través de la complejización y multiplicación de instrumentos financieros, sin necesidad del valor agregado del trabajo para reproducir y

acumular más capital, tal como ocurría en su etapa productiva. Por otro lado, conseguía eludir a los Estados, cuyas regulaciones se volvían un obstáculo a su libre circulación y autodeterminación, pues los movimientos bursátiles constantes le resultaban indispensables para que el capital financiero y especulativo no pierda valor.

En ese contexto de la ola desreguladora impulsada por el capital en la etapa globalizante, en nuestra región, Videla junto con Pinochet y sobre la sangre caliente de nuestros compatriotas, asumieron el triste orgullo de implementar aquí las nuevas condiciones exigidas por los grupos económicos transnacionales de la globalización. Así, tal como explica Basualdo (2013) el proyecto de Martínez de Hoz consistió en la desindustrialización, la apertura económica, la desregulación financiera y el sobreendeudamiento, entregando la soberanía económica a organismos multilaterales de crédito como el FMI, al cual nuestro país ingresó no casualmente con el golpe de 1976. Así, corrido el pueblo de la discusión política, se destruyó el aparato productivo y la participación de los trabajadores en la riqueza. El resultado del plan neoliberal, profundizado en los noventa sobre la sociedad golpeada por el terror, estalló en 2001.

Memoria, Verdad y Justicia frente a la insatisfacción democrática

Es notable que las desbordadas plazas del 24 de marzo en todo el país, con la icónica Plaza de Mayo donde nacieron Madres y Abuelas, mostrando el compromiso asumido con el repudio al genocidio por generaciones que incluso hemos nacido en democracia, así como la transmisión de esa responsabilidad histórica y de la importancia de sostenerla a las infancias y juventudes que también fueron parte de esa explosiva masividad de las manifestaciones en cada aniversario del golpe y sobre todo en estos 50 años, sea el mejor antídoto contra el escepticismo corrosivo de la globalización, respecto a la posibilidad de las sociedades de transformar las realidades políticas, sociales y culturales abrumadoramente injustas del sistema actual. En defensa de la Memoria, la Verdad y la Justicia, el pueblo argentino dijo “Nunca Más” sosteniéndolo cada año –aún ante negacionistas y apologistas en el gobierno– poniendo, ante todo, el cuerpo. Acaso encontremos allí el umbral desde donde empezar a discutir la posibilidad real y concreta de emancipación de los pueblos.

Referencias bibliográficas

- Basualdo, E. (2013). El legado dictatorial. El nuevo patrón de acumulación de capital, la desindustrialización y el ocaso de los trabajadores. En H. Verbitsky y J.P. Bohoslavsky (eds.), *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*, (pp. 81-99). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Calveiro, P. (2006). *Poder y desaparición: Los campos de concentración en Argentina*. Buenos Aires: Colihue.
- Cichero, D. (2005). *Bombas sobre Buenos Aires*. Buenos Aires: Javier Vergara Editor.
- Chaves, G. (2015). *La masacre de Plaza de Mayo*. Buenos Aires: Colihue.

- Duhalde, E. L. (2010). *Bombardeo del 16 de junio de 1955*. Buenos Aires: Archivo Nacional de la Memoria, Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.
- James, D. (2004). *Resistencia e Integración: El peronismo y la clase trabajadora argentina, 1946-1976*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Halperín Donghi, T. (1994). *La larga agonía de la Argentina peronista*. Buenos Aires: Ariel.
- Hernando Gómez, G. y Nicolaou, M. (2012). “Memorias del bombardeo a la Plaza de Mayo: recuerdos y olvidos en testimonios recabados en centros comunitarios para la tercera edad y en la comunicación mediática”. *Repositorio Digital Institucional Facultad de Ciencias Sociales-UBA*, consulta 18 de abril de 2026. Recuperado de <https://repositorio.sociales.uba.ar/items/show/3205>
- Koenig, M. (2013). *Vencedores Vencidos*. Buenos Aires: Punto de Encuentro.
- Mazzei, D. (2002). La misión militar francesa en la escuela superior de Guerra y los orígenes de la Guerra Sucia, 1957-1962. *Revista de Ciencias Sociales*, N° 13.
- Page, J. (1984). *Perón: Una biografía*. Buenos Aires: Javier Vergara.
- Reato, C. (2012). *Disposición final: La confesión de Videla sobre los desaparecidos*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Torre, J. C. (2004). *El gigante invertebrado: Los sindicatos en el gobierno, Argentina 1973-1976*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Cuerpos. Violencia sexual y terrorismo de Estado



*Cynthia Britez**

El 24 de marzo de 1976, una Junta Militar compuesta por los tres comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas irrumpió en el poder y destituyó al gobierno democrático de la presidenta María Estela Martínez de Perón. La Junta, integrada por el teniente general Rafael Videla al mando del Ejército, Eduardo Emilio Massera en su función de comandante general de la Armada y el brigadier Orlando R. Agosti como jefe de la Fuerza Aérea, se hace cargo del gobierno e instaura a partir de ese momento lo que autodenomina “Proceso de Reorganización Nacional”.

A partir de entonces, fundado en la Doctrina de la Seguridad Nacional, se impuso, mediante el terrorismo de Estado, un proyecto político que se caracterizó por ser ideológicamente conservador basado en un nacionalismo-católico y económicamente liberal asentado en la apertura indiscriminada de importaciones y la excesiva adquisición de deuda externa.

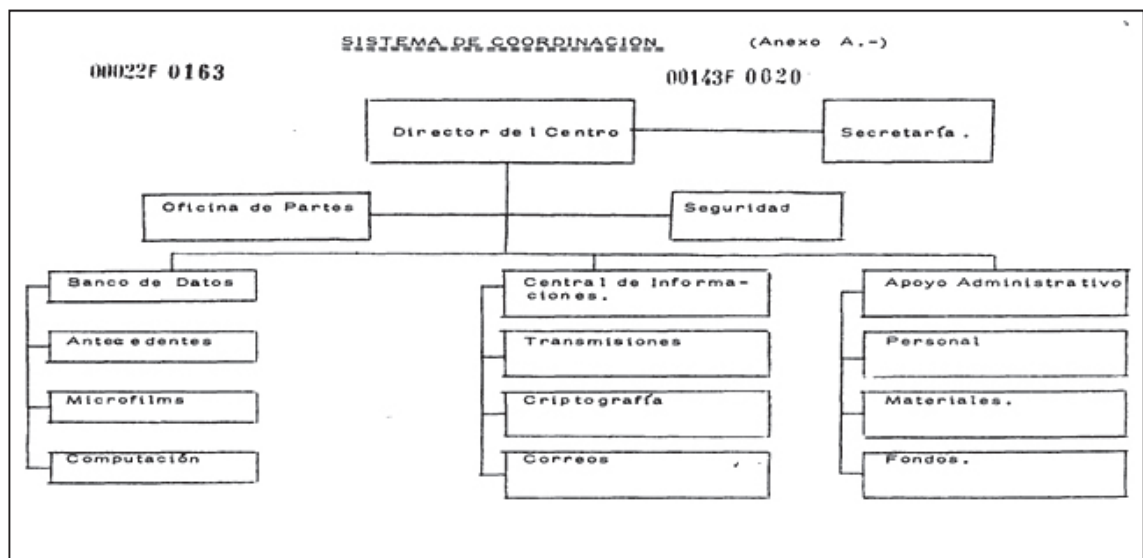
Además, ese proceso dictatorial se ejecutó en el marco del llamado “Plan Cóndor”, una organización política promovida desde Chile por el general Manuel Contreras, quien estando a cargo de la Dirección Nacional de Inteligencia Chilena (DINA) convocó, en noviembre de 1975, a los jefes de las Fuerzas Armadas de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile a una lucha coordinada entre estos países contra la subversión, lo que implicaba “contar en el ámbito internacional no con

* Cynthia Britez es profesora de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho en la UNPAZ y de Teoría del Derecho del Centro Universitario de Devoto. Magíster en Feminismos Jurídicos por la UAB. Doctoranda en Derecho Penal y Derechos Humanos por la UNPAZ. Se desempeña en la Unidad de Asistencia para causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado (UAVDDHH) del Grupo III de la CABA.

un mando centralizado en su accionar interno, sino que con una coordinación eficaz que permita un intercambio oportuno de informaciones y experiencias”. Posteriormente se sumaron al “Plan Condor” Perú y Ecuador (MPF, 2018).

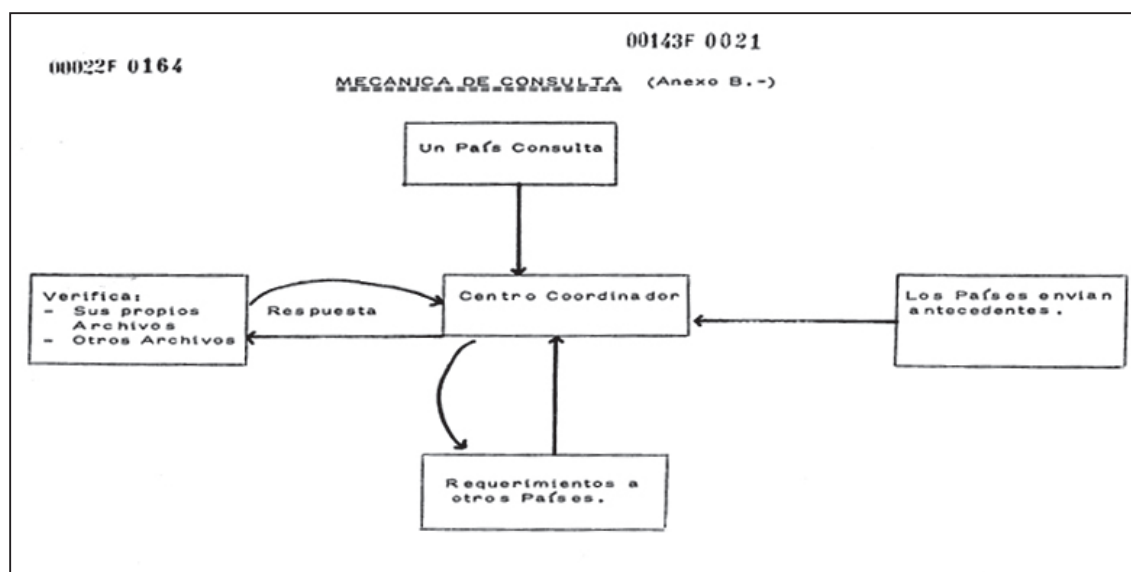
Lo que veremos a continuación son dos cuadros del documento de invitación a la “Primera reunión de trabajo de inteligencia nacional”, realizada en Chile: el cuadro A explica el “Sistema de Coordinación” entre los países integrantes del Plan Cóndor, y el cuadro B explica los mecanismos de consulta de un país a otro sobre personas que integraban organizaciones políticas, sociales, culturales, religiosas, etc., para que fueran detenidas. El país que recibía el pedido de captura intentaba obtener información de la persona y ubicarla con la finalidad de detenerla, secuestrarla en algún Centro Clandestino de Detención y Tortura (en adelante CCDyT) y notificar que ya se había producido el secuestro solicitado, entonces,, este enviaba su personal de inteligencia para realizar el interrogatorio, torturar, asesinar o trasladar a la personas secuestradas al país de origen.

Figura N° 1. Cuadro A.



Fuente: MPF, 2018: 9.

Figura N° 1. Cuadro B.



Fuente: MPF, 2018: 10.

Sabemos que durante ese período las acciones realizadas contra civiles por integrantes de las Fuerzas Armadas y de Seguridad, del Servicio de Inteligencia del Estado (SIDE) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) e internacionales como la Dirección Nacional de Inteligencia de Chile (DINA) o la CIA (Servicio de Inteligencia de EE.UU.) fueron muchísimas e imposibles de abarcar en un texto. No obstante, nos interesa detenernos y reflexionar sobre la violencia sexual contra las mujeres tanto en los momentos de traslados a los CCDyT como en ellos.

En primer lugar, nos proponemos analizar la categoría violencia sexual y, para ello, realizaremos un breve análisis sobre los avances legislativos y jurisprudenciales que hubo a nivel internacional y regional. En segundo lugar, vamos a intentar describir, a través de algunos testimonios de víctimas sobrevivientes y prueba documental, cómo se ejercía la violencia sexual en algunos de los CCDyT. Como tercer y último punto, en las conclusiones referiremos a los avances en las sentencias argentinas sobre violencia sexual en los CCDyT.

El abordaje de la violencia sexual en la legislación y jurisprudencia internacional y regional

El 17 de julio de 1998, en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se incorporó la violencia sexual como crimen de lesa humanidad y de guerra y como delito autónomo, es decir, el tipo penal comienza a ser considerado como una figura penal por sí misma que ya no depende de otro delito para existir y entenderse como una infracción penal.

Hasta ese momento, la violencia sexual era entendida y calificada como un tipo de tormento. De ese modo, se complejizaba su análisis y su correspondiente calificación legal, es decir, no se generaba un vínculo entre el relato de violencia sexual padecida por la víctima y la descripción de la acción del tipo penal.

Además, el Estatuto reconoció como crímenes contra la humanidad la violencia sexual, entendiéndose como tal la cometida por integrantes de las Fuerzas Armadas o de Seguridad contra personas que se encontraban bajo su dominio, ya sea en lugares de detención (cárceles, campos de concentración o Centros Clandestinos de Detención y Tortura) o en momentos de sus traslados.

En ese sentido, vamos a entender por violencia sexual

aquellos comportamientos y acciones de contenido o naturaleza sexual a los que se vea sometida una persona por medio de la fuerza, amenaza del uso de la fuerza, coacción, temor a la violencia, intimidación, opresión psicológica o abuso de poder. Algunas formas de violencia sexual son: 1) violación: implica la invasión física de cualquier parte del cuerpo de una persona mediante la penetración, por insignificante que fuera, del órgano sexual masculino en la boca, ano o vagina, así como cualquier otra parte del cuerpo u objeto en el orificio anal o vaginal; 2) cualquier forma de abuso sexual en el que exista o no invasión física; 3) amenaza de abuso; 4) embarazo forzado; 5) prostitución forzada; 6) aborto forzado; 7) acoso sexual; 8) amenaza de violación; 9) mutilación; 10) esclavitud sexual; 11) esterilización forzada; 12) forzamiento a la exhibicionismo; 13) desnudez forzada; 14) forzamiento a la pornografía; 15) humillación y burla con connotación sexual; 16) servidumbre sexual; 17) explotación sexual. Este detalle no es exhaustivo. La mayoría de estas formas fueron padecidas por las víctimas del terrorismo de Estado en Argentina (Aucía y otros, 2013: 36-37).

Por siglos, los delitos de violencia sexual padecidos por mujeres en todo el mundo, en contextos de guerras o dictaduras militares, no fueron motivo de investigación y, por lo tanto, de sanción. Por ejemplo, a pesar de las numerosas condenas que tuvo el Tribunal de Nuremberg, ninguna de ellas fue por violaciones sexuales u otro tipo de violencia sexual que sufrieran las mujeres.

Posteriormente, entre los años 1946 y 1948, el Tribunal Militar de Tokio condenó a los generales Toyoda y Matsui por el quebrantamiento de las leyes y costumbres de guerra por las violaciones y agresiones sexuales cometidas por sus soldados en Nankin. No obstante, no se sancionó a los responsables del sufrimiento padecido por las mujeres de diversos países asiáticos que eran traficadas por el ejército japonés para que sirvieran como prostitutas (“Comfort Women”, literalmente, mujeres de placer) a los soldados de la Segunda Guerra Mundial (Aucía, y otros, 2013: 163).

El 2 de septiembre de 1998, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso “Fiscal vs. Akayesu” definió la violencia sexual como un delito contra la humanidad y, por lo tanto, como un instrumento para el genocidio. Este posicionamiento es adoptado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, donde se juzgaron los casos de violencia sexual como crímenes autónomos perpetrados por militares en el marco del conflicto armado, se estableció claramente la responsabilidad mediata

e inmediata y se relevaron numerosas formas de violencia sexual, como los embarazos forzados, las violaciones sistemáticas y los abusos sexuales de todo tipo” (Aucía y otros, 2013: 164).

El 14 de agosto del año 2000, se constituyó por Resolución del Consejo de Seguridad 1315 (2000) el Tribunal Especial de Sierra Leona, que, por primera vez luego de la incorporación al Estatuto de Roma de los delitos sexuales como delitos de lesa humanidad, acusó, juzgó y condenó formalmente a los responsables de las graves violaciones cometidas en el conflicto que tuvo inicio el 30 de noviembre de 1996.

El avance en la jurisprudencia internacional respecto de los estándares de valoración sobre los hechos que constituyen violación a los derechos humanos, sus consecuencias y modos de prevención, investigación y reparación, tuvieron incidencia a nivel regional en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y que luego van a repercutir en las decisiones jurisdiccionales argentinas.

A modo de ejemplo, vamos a referirnos a algunos de los precedentes de la CIDH en temas de violencia sexual.

- 1) Sentencia “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, sentencia del 25 de noviembre de 2006. (CIDH, 2006). Hechos: El 6 de mayo de 1992 fuerzas de seguridad del Penal Miguel Castro Castro llevaron adelante un plan llamado “Operativo Mudanza I”. Era un penal de máxima seguridad, con población que en general pertenecía a grupos armados y población masculina, pero ese día había mujeres y el objetivo era trasladarlas a otros penales. Desde el comienzo del operativo, los agentes utilizaron armas de guerra, explosivos, bombas lacrimógenas, vomitivas y paralizantes en contra de las y los internos. Estos ataques contra la población penitenciaria duraron tres días. El último día, varios internos e internas son asesinados, las mujeres separadas de los hombres y obligadas a permanecer en el piso, boca abajo con las piernas abiertas, durante varios días, en la intemperie, inclusive a mujeres embarazadas. Luego fueron trasladadas a otros penales, en donde sufrieron malos tratos físicos y psicológicos, y se las mantuvo sin contacto con el mundo exterior. No se les permitía dialogar entre sí, leer o estudiar. No tenían acceso a materiales para la higiene. Estaban encerradas casi las 24 horas del día en una celda de dos metros por dos. De las tres mujeres embarazadas, dos no recibieron atención médica, sino hasta que las llevaron al hospital para el parto. Una de las internas que fue llevada al hospital fue objeto de una inspección vaginal dactilar, realizadas por varias personas encapuchadas a la vez, con suma brusquedad, bajo el pretexto de revisarla.

Este Operativo produjo la muerte de al menos 42 internos, heridas a 175. También sometió a trato cruel, inhumano y degradante, además de violencias sexuales, a otros 322.

En esta sentencia, la Corte Interamericana define la violencia sexual y aclara que ese delito adquiere matices diferenciales en el caso de las mujeres, a las que la afecta en mayor proporción, especialmente si son madres o están embarazadas. Asimismo, estableció que la revisión vaginal –no requerida por el estado de salud de la mujer–, realizada en un hospital militar, constituyó violación sexual (Aucía y otros, 2013: 168).

- 2) Caso “González y otras vs. México”, en “Campo Algodonero” del 16/11/2009 (México, 2009). Hechos: Campo Algodonero es el lugar donde fueron encontrados los cuerpos de ocho mujeres en noviembre de 2001. Tres de ellas eran jóvenes de bajos recursos, dos de ellas menores de edad, quienes desaparecen con pocos días de diferencia una de la otra. Cuando sus familias van a denunciar, la policía les dice que probablemente las chicas estarían con algún novio y que para investigar la desaparición hacía falta esperar 72 horas. Pero, además, la investigación que siguió al hallazgo de los cuerpos tenía varias irregularidades: no solamente hubo varias fallas en las autopsias, la custodia y la identificación de los restos, sino también fueron imputadas dos personas que resultaron inocentes. Además, los familiares no tuvieron acceso a los expedientes.

En esta sentencia, la Corte se refiere por primera vez a los feminicidios y homicidios de mujeres por razones de género. Además, aclara definitivamente la competencia de la Corte para entender de las violaciones a la Convención de Belém do Pará. Se refiere a la violencia de género persistente y a la cultura discriminatoria contras las mujeres como causa estructural. Asimismo, utiliza por primera vez el concepto de estereotipo de género, aclarando que “La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de violencia de género en contra de la mujer” (Aucía y otros, 2013: 173).

- 3) Caso “Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala- Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentencia 24 de noviembre de 2009 (Magistratura, 2009). En 1982, el general José Efraín Montt tomó el poder en Guatemala e inició su política contrainsurgente en las comunidades donde la guerrilla “tenía” presencia. La noche del 6 de diciembre de 1982, un grupo de hombres armados, vestidos de guerrilleros, pero con una cinta roja en el brazo, ingresó a la aldea y sacó de sus hogares a hombres, mujeres y niños. Los caminos fueron cerrados y todo aquel poblador que transitara por los mismos, también fue capturado. La comunidad entera fue masacrada. No se sabe con exactitud cuántas personas perecieron, pero en la exhumación realizada entre 1994 y 1995, de un pozo de doce metros, se recuperaron 162 esqueletos, entre hombres, mujeres y niños.

Un oficial violó a una niña. Otros ejecutaron a la población. La cuál empezó a las catorce horas: un bebé de tres o cuatro meses fue lanzado vivo dentro del pozo. Le siguieron todos los menores de edad. Entre las mujeres, había niñas de doce y trece años que fueron violadas. Todos fueron golpeados, arrojados vivos a un pozo, y cubiertos con tierra. Se calcula que murieron alrededor de 190 personas.

Es esta sentencia, la Corte decide que las violaciones sexuales fueron una práctica estatal dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual y que deben considerarse delitos de lesa humanidad.

Es decir, hasta aquí podemos considerar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la violencia sexual cometida por miembros de las Fuerzas Armadas y de Seguridad,

sea como resultado de una práctica concebida desde el Estado o como resultado de una omisión de prevenir esos crímenes, constituye una grave violación a los derechos humanos de las víctimas y es un delito de lesa humanidad.

La violencia sexual en los Centros Clandestinos de Detención, Desaparición y Tortura en Argentina

Si leemos el Plan del Ejército, Anexo 2 “Inteligencia” de 1975, encontramos referencias a cómo se construyó la figura del subversivo/la subversiva, “el enemigo”, “la enemiga”, ya que este indicaba:

Se consideran oponente a todas las organizaciones o elementos integrados en ellas, existentes en el país o que pudieran surgir del proceso, que de cualquier forma se opongan a la toma del poder y/o obstaculicen el normal desenvolvimiento del gobierno militar a establecer (MPF, 2018).

Por lo tanto, ¿qué es lo que proponía el Ejército debía hacerse con el subversivo o subversiva cuando se lo detectaba?

Se lo elimina, lisa y llana, al oponente, como lo indica el Reglamento del Ejército RC-9-1 “Operaciones contra elementos subversivos”: i) Aplicar el poder de combate con la máxima violencia para aniquilar a los delinquentes subversivos donde se encuentren. La acción militar es siempre violenta y sangrienta [...] dado que cuando las FFAA entran en operaciones no deben interrumpir el combate ni aceptar rendiciones. [...] h) las órdenes: como las acciones estarán a cargo de las menores fracciones, las órdenes deberán aclarar, por ejemplo, si se detiene a todos o a algunos, si en caso de resistencia pasiva se los aniquila o se los detiene, si se destruyen bienes o se procura preservarlos (SAIJ, 2015: 20).

Entonces, podríamos preguntarnos, ¿por qué motivos las mujeres eran consideradas enemigas o subversivas?

En el desarrollo de esa respuesta utilizaremos la perspectiva de género, ya que nos permite observar y comprender cómo la mujer y el varón históricamente son vinculados con el conjunto de características, comportamientos, roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización mantenidos y reforzados por la ideología, estructuras e instituciones patriarcales (Facio y Fries, 2005: 13).

Por lo tanto, podríamos considerar que una subversiva era aquella mujer que no se adaptaba a los comportamientos, roles, funciones y valoraciones sociales asignadas en el proyecto conservador na-

cionalista-católico impuesto por la dictadura cívico-militar. Por lo tanto, se convertía en una enemiga a la cual había que aniquilar inmediatamente. Para ello, había que constituir la en una NO sujeta de derechos sobre la cual poder actuar e intervenir indiscriminadamente y sin límites a través de la violencia sexual.

Es por ello que, siguiendo a Lewin y Wornat (2020), deberíamos considerar que

la violación no es el resultado del deseo varonil desatado o la libido masculina descontrolada por una necesidad inmediata de sexo. La libido existe, pero no está dirigida al cuerpo de la víctima. El agresor es miembro de un grupo de pares, una fraternidad o cofradía masculina. Se trata de una estructura corporativa. La violación es un crimen que va a titular al agresor como miembro de una corporación de poder; la corporación masculina y sus réplicas, como la corporación policial, la corporación militar y otras. Hay una relación de interlocución con la víctima que yo denomino el eje vertical. Ahí, el violador es, un moralizador [...] el violador -a través de la violación- asume su papel de disciplinar a la víctima. La violación es pedagógica en la mirada del violador. Él presume que la va a poner en su lugar, la va a sujetar al orden patriarcal. El otro eje es horizontal, el agresor les comunica a sus pares corporativos, sus cofrades, su capacidad de adquirir su titulación de hombres [...] en este eje horizontal, la agresión sexual es una eficaz forma de derrota moral a los hombres del grupo familiar, comunitario y a la nación misma que deberían ser capaces de custodiar y proteger el cuerpo de la mujer agredida (Lewin y Wornat, 2020: 17-18).

La violencia sexual como delito de lesa humanidad fue un plan sistemático, es decir, una práctica llevada a cabo por todas las Fuerzas Armadas y de Seguridad que participaban en operativos o se encontraban en algún CCDyT, en cualquier punto del país. Veamos algunos relatos extraídos del libro *Grietas en el Silencio* (Aucía y otros, 2013: 127-128):

- La violencia sexual en los CCDyT:

“Las mujeres en estado de detención, por los menos en lo que a mí me tocó ver, estaban permanentemente sometidas –estábamos– a abuso sexual, aunque no sea una violación”

“yo le dije a mi hermanito cuando vino a verme -que no sé por qué lo dejaron entrar a mi hermanito para que me viera ¡Salí y decí que me violan todos los días!. Y a él pareciera que eso era una exageración, lo que yo le estaba diciendo”

“Soportamos todos tipo de torturas, pero quizá la más horrorosa fue por la calidad de mujer me violaron varias veces al día cuanto señor estaba de turno [...] hay compañeras que las violaban cada media hora.”

“y de pronto yo me quería subir los pantalones y no podía y vino uno y dijo: ‘Pero mirá esta’, como que estaba provocando, y bueno, aprovechemos ya la provocación, y nada y ahí fue horrible, horrible porque me tiraron al piso y bueno pasó lo que pasó una, dos o tres veces ya ni me acuerdo”.

- La violencia sexual durante los operativos:

“Cuando me suben al auto, va un cana de este lado, un cana del otro, de los dos lados así, van masacoteándome las tetas, yo estaba atrás, con las manos atrás, y ellos todo el tiempo... el de adelante decía: ‘A la Circunvalación vamos a la Circunvalación’, ‘No, llevémosla a otro lado que nos vamos a divertir’”.

- La muerte en los CCDyT:

El último caso sobre el cual queremos hacer referencia es el de Ana María del Carmen Pérez, quien el 14 de septiembre fue secuestrada y llevada detenida al CCDyT Automotores Orletti. Estaba embarazada y esperaba a su hijo para ese mes de septiembre de 1976. En el juicio se probó que aproximadamente el 9 de octubre fue asesinada y sus restos fueron introducidos en un tambor que los asesinos rellenaron con cal y cemento, y luego fueron tirados en el canal de San Fernando, Buenos Aires. El 13 de octubre de 1976, Prefectura Naval Argentina encontró el cuerpo y es enterrado como NN en el Cementerio Municipal del Partido de San Fernando. Recién en 1989, el Equipo Argentino de Antropología Forense realizó un peritaje por medio del cual reconoció sus restos. Las pericias determinaron que su muerte se debió a un shock traumático-hemorrágico producido por tres disparos de arma de fuego en la zona pelviana, y en su vientre se encontró a su bebé, en posición de “preparto” (MPF, 2018).

Los cuerpos como espacios de poder. Conclusiones

La Teoría Crítica explica que el derecho en una sociedad cumple un rol fundamental en la organización del poder social, por ello considera que este no es pura normatividad sino que además es una práctica social específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada.

El derecho volvió a cumplir esa función en el año 1984 cuando se llevó a cabo el Juicio a los tres jefes de las Juntas Militares, pero luego comenzó a operar un discurso jurídico cuyo sentido estaba ligado a la impunidad, y en el año 1986 se sanciona la “Ley de Punto Final”, en el año 1987 la ley de “Obediencia de Vida”, y entre 1989 y 1990 se indulta a militares.

Pero, como el derecho cumple una función paradójica, cuando el mismo vuelve a estar en manos de los oprimidos se convierte en una herramienta de emancipación y ampliación de derechos y es así que la acción jurídica-política logra en el año 2003 la Ley N° 25779 de “Nulidad de las Leyes de Obediencia de vida y Punto Final” y en el año 2005 en el Caso “Simón” la CSJN resuelve declarar sus inconstitucionalidades.

A partir de ese momento, se impulsaron juicios orales y públicos en todo el país y, aunque en el año 2010 dos comités de la CEDAW de la ONU instaron al Estado argentino, uno en marzo, a incorporar la perspectiva de género en el juzgamiento de las violaciones de los derechos humanos, y otro en julio (CEDAW, 2010) recomendó que se adopten las medidas proactivas para hacer públicos, enjuiciar y

castigar los incidentes de violencia sexual perpetrados durante la pasada dictadura militar; hasta la actualidad son 61 las sentencias que se obtuvieron por delitos de violencia sexual en los CCDyT durante el terrorismo de Estado (MPF, 2026).

Entonces, considerando el papel fundamental que tiene el derecho en la organización del poder y de acuerdo a lo hasta aquí desarrollado en el texto ¿estaríamos en condiciones de imaginarnos como operaría un poder que no sea organizado por el derecho?

Referencias bibliográficas

- Aucía, A.; Barrera, F.; Berterame, C.; Chiarotti, S.; Paolini, A., y Zurutuza, C. (2013). *Grietas en el silencio. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado*. Rosario: CLADEM.
- Cárcova, C. M. (2012). *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CEDAW. (Julio de 2010). <https://www.refworld.org/es/pol/concobservations/cedaw/2010/es/96451> Recuperado de <https://www.refworld.org/es/pol/concobservations/cedaw/2010/es/96451>
- CIDH. (2006). https://www.corteidh.or.cr/ver_expediente.cfm?nId_expediente=105&lang=es Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/ver_expediente.cfm?nId_expediente=105&lang=es
- Facio, A. y Fries, L. (2005). Feminismo, género y patriarcado. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, 295-294.
- Lewin, M. y Wornat, O. (2020). *Putas y Guerrilleras. Crímenes sexuales en los centros clandestinos de detención. Las historias silenciadas. La guerra sin fin*. CABA: Planeta.
- Magistratura, C. d. (2009). Recuperado de <https://consejomagistratura.gov.ar/wp-content/uploads/2022/04/MASACRE-DE-LAS-DOR-ERRES-VS-GUATEMALA.pdf>
- Martyniuk, C. (2016). *ESMA. Fenomenología de la desaparición*. Buenos Aires: Prometeo.
- México. (2009). <https://www.cndh.org.mx/noticia/la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-emite-sentencia-contramexico-en-el-caso>
- MPF (2018). <https://www.mpf.gob.ar/plan-condor/files/2018/12/3-1.pdf>
- MPF (2018). <https://www.mpf.gob.ar/plan-condor/files/2018/12/8-1.pdf>
- MPF (2018). <https://www.mpf.gob.ar/plan-condor/files/2018/12/Gay%C3%A1-R-Gay%C3%A1-G-y-P%C3%A9rez-AM.-10.1-1.pdf>
- MPF (2018). <https://www.mpf.gob.ar/plan-condor/la-operacion-condor-proceso/>
- MPF (2026). <https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/violencia-sexual-durante-el-terrorismo-de-estado-61-sentencias-visualizan-los-crímenes-con-174-personas-condenadas/>
- SAIJ (2015). https://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Batallon_inteligencia_601.pdf
- Segato, R. (2021). *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. CABA: Prometeo.

Las infancias como víctimas del terrorismo de Estado

Invisibilización, reconocimiento jurídico y reparación



Marina Ditieri* y Luna M. Ramirez**

Cuando uno pone sobre la mesa el impacto de la dictadura sobre las infancias desaparece la Teoría de los Dos Demonios.¹

Ángela Urondo Raboy

Introducción

A cinco décadas del quiebre institucional producido el 24 de marzo de 1976, el proceso argentino de memoria, verdad y justicia continúa interpelando a la comunidad jurídica respecto de aquellas dimensiones del terrorismo de Estado que aún no han recibido una respuesta jurisdiccional plenamente adecuada.

Entre tales dimensiones, la situación de niños/as y jóvenes que fueron víctimas directas del aparato represivo constituye una deuda persistente, tanto desde el punto de vista del reconocimiento histórico como en materia de tutela judicial efectiva.

* Docente (UBA/UNPAZ)

** Estudiante de Abogacía (UNPAZ)

1 Urondo Raboy, A. citada en Ortner, M. (27, marzo 2017). El impacto de la dictadura sobre la infancia hace que desaparezca la Teoría de los Dos Demonios. *Agencia de Noticias. Ciencias de la Comunicación. UBA*. Recuperado de <https://anccom.sociales.uba.ar/2017/03/27/el-impacto-de-la-dictadura-sobre-la-infancia-hace-que-desaparezca-la-teoria-de-los-dos-demonios/>

La última dictadura cívico-militar-eclesiástica desplegó un plan sistemático de persecución y exterminio que no ignoró la presencia de las infancias, sino que, por el contrario, las incorporó como parte del entramado represivo. En numerosos casos, niños/as y jóvenes fueron retenidos/as durante los operativos, privados de su libertad, abandonados/as, institucionalizados/as, violentados/as de forma directa o afectados/as en su identidad. Tales hechos evidencian que las infancias no fueron meras espectadoras del horror ni únicamente portadoras de un daño derivado de lo padecido por sus familiares, sino sujetos alcanzados en forma inmediata por decisiones concretas del Estado genocida.

Sobre esta base, este trabajo propone brevemente examinar dichas prácticas desde una clave jurídico-académica, que permita superar lecturas reductivas y contribuir a su encuadre autónomo dentro del universo de los crímenes del terrorismo de Estado. Ello resulta imprescindible no solo para reconstruir con mayor precisión la verdad histórica, sino también para avanzar en una comprensión sustantiva de la reparación integral, entendida como el reconocimiento institucional de que las violencias sufridas por niños/niñas y jóvenes constituyeron, asimismo, violaciones graves a los derechos humanos que exigen investigación, sanción y memoria.

El terrorismo de Estado en Argentina y la construcción del/a “enemigo/a”

En nuestro país tuvieron lugar diferentes dictaduras en los años 1930, 1943, 1955, 1962, 1966, 1976. No obstante, la última de ellas, por sus características diferenciales, instauró lo que se denomina terrorismo de Estado –proceso que comenzó incluso antes del golpe–.

Así lo ha considerado la Cámara Federal de Casación Penal en varias resoluciones: “Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ recurso de casación”, Sala II Causa N° FCB 71001828/2000/TO1/56/CFC14, “Vergez, Héctor Pedro y otros s/recurso de casación”, Sala I– FCB 35022396/2012/TO3/10/CFC2; entre otras.

El terrorismo de Estado es un sistema político cuya regla de reconocimiento permite y/o impone la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder (Garzón Valdés, 1989).²

Por su parte, el terrorismo de Estado en nuestro país se edificó sobre el objetivo de aniquilar, mediante diferentes métodos, a personas a las que previamente construyó como enemigas y que fueron etiquetadas bajo el rótulo genérico de “subversivas”. Básicamente, en esa categoría se incluyeron a personas con intereses y procedencias heterogéneos y hasta con ideas, luchas y recorridos contrapuestos (Oberlin, 2023).³

2 Garzón Valdés, E. (1989). El terrorismo de estado (el problema de su legitimación e ilegitimidad). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 65.

3 Oberlin, A. (2023). Mujeres, niños y niñas víctimas del terrorismo de Estado en Argentina. Respuestas judiciales a las violencias que sufrieron: entre la invisibilización y la impunidad [Tesis doctoral inédita]. *Universidad Nacional de Córdoba*

Así, se sucedieron violencias específicas dirigidas hacia mujeres *cis*, mujeres *trans* y niños/as y jóvenes. Grupos históricamente vulnerabilizados, razón por la cual las violencias hacia ellos/as ejercidas las volvían diferenciadas.

Las infancias en el entramado represivo: visibilidad negada y violencias específicas

Como se viene señalando, el proyecto represivo llevado adelante por parte de la dictadura no ignoraba la presencia y/o existencia de infancias y juventudes, lo cual quedó evidenciado con la persecución sistemática de jóvenes, la retención de niños/as tras los operativos, la violencia durante los allanamientos, el abandono, la violencia directa y los delitos contra la identidad.

Dicho accionar formó parte de un proyecto de transformación social y política de largo alcance, orientado a eliminar a una generación y a moldear a las siguientes conforme a su ideología, con efectos que buscaban proyectarse en el tiempo.⁴

Los niños/as fueron víctimas directas e indirectas del plan criminal implementado “por un régimen que, mientras exaltaba públicamente los valores de la ‘familia’, hizo de la destrucción de lazos familiares un eje central de su práctica represiva”.⁵

Es que

[l]as violencias ejercidas sobre las infancias no fueron episodios azarosos ni daños colaterales, sino el resultado de decisiones específicas tomadas por los grupos represivos sobre qué hacer con esos niños y niñas [...] las fuerzas represivas actuaban con inteligencia previa y sabían que había niñas y niños en las casas durante los operativos, tomando resoluciones específicas sobre su destino (Urosevich, citada en Bucari, 2026).⁶

En efecto, el plan de persecución y exterminio tuvo un alto nivel de planificación hasta en sus más mínimos detalles, seguido de una meticulosa investigación liderada por áreas de inteligencia de las fuerzas armadas y de seguridad, con participación de civiles. Es por ello que dichas fuerzas “tenían conocimiento, en la casi totalidad de los supuestos, de la presencia de niñas y niños, cuando los/as

4 Para profundizar, véase Schindel, E. (2005). El sesgo generacional del terrorismo de Estado: niños y jóvenes bajo la dictadura argentina (1976-1983). En Potthast, B. y Carreras, S. (eds.) *Entre la familia, la sociedad y el Estado. Niños y jóvenes en América Latina (siglos XIX-XX)*, Bibliotheca Ibero-Americana. Iberoamericana / Vervuert, Madrid / Frankfurt am Main. Recuperado de: https://publications.iai.spk-berlin.de/servlets/MCR-FileNodeServlet/Document_derivate_00001307/BIA_103_255_287.pdf;jsessionid=415F94275D44EB-31DE57E1D94E8A653F

5 Ibidem.

6 Urosevich, F. citada en Bucari, E. (23, marzo 2026). Crecer bajo el terror: Infancias y dictadura. *Lavaca*, Recuperado de: <https://lavaca.org/a-50-anos-del-golpe/crecer-bajo-el-terror-infancias-y-dictadura-2/>

había, al ejecutar las actividades clandestinas destinadas a asesinar o secuestrar a quienes sindicaban como ‘enemigos’” (Oberlin, 2023).⁷

Desde etapas tempranas, las fuerzas armadas incluyeron a niños y niñas entre las personas susceptibles de ser detenidas, o incluso de ser torturadas. En la mayoría de los casos, además, las infancias fueron utilizadas como instrumentos de violencia por parte de los grupos represivos, con el objetivo deliberado de ejercer presión y coerción también sobre los adultos.⁸

Principales modalidades de victimización de niños/as y jóvenes

En los escasos estudios existentes en la temática se han podido identificar dos modalidades mediante las cuales los niños/as y jóvenes fueron victimizados/as:

- **niños/as y jóvenes que fueron perseguidos/as y castigados/as “por el hecho de ser hijos de alguien, por hallarse en el lugar del secuestro o como extorsión hacia sus padres”** (Schindel, 2005: 262):⁹ como fue el caso de niños/as en cautiverio en centros clandestinos y aquellos/as alojados/as en “hogares” o abandonados/as luego de los operativos represivos;
- **niños/as y jóvenes que fueron perseguidos/as y castigados/as por considerarlos por sí mismos/as objetivos directos de la represión:** como lo demuestran los 250 adolescentes desaparecidos/as de entre 13 y 18 años. En efecto, los colegios y escuelas secundarias fueron, a su vez –y a veces con la complicidad de las autoridades–, objeto de operativos represivos específicos como ocurrió en “La Noche de los Lápices” (Schindel, 2005).¹⁰

La reparación integral como horizonte: entre la falta de datos y los incipientes avances jurisdiccionales

El abordaje de la reparación integral respecto de niños/as y jóvenes que vieron sus derechos humanos afectados por el terrorismo de Estado ha estado históricamente marcado por la fragmentación y la invisibilización.

7 Oberlin, A. (2023). Mujeres, niños y niñas víctimas del terrorismo de Estado en Argentina. Respuestas judiciales a las violencias que sufrieron: entre la invisibilización y la impunidad, cit.

8 “Esto queda demostrado con lo mencionado en las ‘Órdenes Secretas Antisubversivas’, dictadas por el jefe del Estado Mayor del Ejército, Roberto Viola, el 17 de diciembre de 1976, entre las que se encontraba el RE-10-51 -llamado ‘Instrucciones para Operaciones de Seguridad’- 367. En ese documento se estipulaba, en el punto 3021, que: ‘La evacuación de los detenidos se producirá con la mayor rapidez, previa separación por grupos: jefes, hombres, mujeres y niños, inmediatamente después de la captura’” cf. Oberlin, A. (2023). Mujeres, niños y niñas víctimas del terrorismo de Estado en Argentina. Respuestas judiciales a las violencias que sufrieron: entre la invisibilización y la impunidad [Tesis doctoral inédita].

9 Schindel, E. (2005). “El sesgo generacional del terrorismo de Estado: niños y jóvenes bajo la dictadura argentina (1976-1983)”, cit., p. 262.

10 Ibidem.

Recién en los últimos años comienzan a registrarse esfuerzos orientados a relevar estas experiencias y a incorporarlas en el ámbito jurisdiccional, aunque en un contexto aún signado por la falta de sistematicidad y criterios pacíficos.

Veamos algunos avances.

A partir del año 2019, el Observatorio de Crímenes de Estado (OCE) en conjunto con los Espacios de Memoria de los ex centros clandestinos Club Atlético y Olimpo comenzó a indagar sobre lo padecido por niños/as y jóvenes en los operativos de referencia. Ello al advertir “la presencia de hijas e hijos en el estrado, relatando las desapariciones forzadas de sus madres y/o padres, reconstruyendo sus identidades, y dando cuenta de sus propias experiencias siendo niñas, niños o adolescentes” en el marco del juicio “ABO III” dentro de la Megacausa “Primer Cuerpo del Ejército”.

Dicho informe relevó los casos de 133 niños/as y jóvenes que atravesaron operativos en dicho circuito y sufrieron abandono, cautiverio, institucionalización, violaciones, amenazas o vigilancia posterior (Bucari, 2026).¹¹ A partir de tal iniciativa se conformó una querrela colectiva que tramita ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3.

El 4 de mayo de 2023 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata condenó a prisión perpetua a un exministro bonaerense y seis expolicías por homicidios agravados y a la pena a cinco años de prisión a una exfuncionaria judicial por el ocultamiento y la alteración de la identidad de los hermanos Ramírez, quienes estuvieron confinados entre 1977 y 1983 en el Hogar “Casa de Belén” de Banfield por orden del Tribunal de Menores de Lomas de Zamora, tras el homicidio de su madre Vicenta Orrego y durante el presidio político de su padre, Julio Ramírez.¹²

El 24 de abril de 2024 se condenó a prisión perpetua a Jorge Luis Guarrochena por crímenes de lesa humanidad en la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA). Entre los 400 casos de víctimas que integraron el objeto procesal, este juicio tuvo la particularidad de haber incluido los secuestros de niños/as privados de su libertad con sus progenitores, a raíz de lo cual permanecieron durante días o meses en un sitio como la ESMA: entre los delitos, se le imputó el de sustracción, retención, y ocultamiento de un niño de diez años cometido en forma reiterada en 44 hechos.¹³

En marzo del corriente, el Juzgado Federal N°1 de Mendoza en el marco de la Megacausa D2 dictó el procesamiento de quince exmilitares y expolicías de las Fuerzas Armadas y de Seguridad de dicha provincia por delitos cometidos contra 56 niños/as y jóvenes. Allí, el Ministerio Público Fiscal identificó cinco formas específicas de represión ejercidas sobre las infancias: la retención de niños/as tras

11 Bucari, E. (2026). “Crece bajo el terror: Infancias y dictadura”, cit.

12 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata N° 1, causa n° 54007241/2013/TO1, caratulados “SMART, JAI-ME LAMONT Y OTROS S s/homicidio agravado y otros” y su acumulada n° 54005729, caratulada “GÓMEZ, MARÍA TERESA y otros s/supresión de estado civil de un menor (art. 139, inc. 2) y otros”, sentencia del 5 de julio de 2023. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/lesa/files/2023/11/4.-Hogar-Bele%CC%81n.pdf>

13 Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5, causa n° 14217/2003/TO6, fundamentos de sentencia del 25 de junio de 2024. Recuperado de <https://www.cij.gov.ar/play/d/sentencia-SGU-dc57075e-61cd-44c6-b3cb-8aef6ad24d8.pdf>

los operativos, la violencia durante los allanamientos, el abandono, la violencia directa y los delitos contra la identidad.

Como se señaló, lo anterior evidencia que en los últimos años se han comenzado a incorporar casos sobre los delitos cometidos contra niños/as y jóvenes durante el terrorismo de Estado, e incluso ampliarse acusaciones en el marco de los juicios orales. No obstante, las pocas sentencias aisladas demuestran que todavía queda un camino por recorrer: no se cuenta aún con criterios orientadores, relevamientos y persisten criterios disímiles al interior del organismo encargado de la acusación –MPF–.

Breves reflexiones de cierre: Memoria, Verdad y Justicia y reparación integral para las infancias

Las infancias y juventudes no fueron sujetos periféricos del entramado represivo, sino destinatarias directas de prácticas de coerción, disciplinamiento y destrucción de lazos familiares, desplegadas en el marco de un plan criminal estatal sistemático.

La postergación histórica de su reconocimiento autónomo en sede judicial no solo implicó una lectura incompleta de la historia, sino también una limitación en términos de tutela judicial efectiva y reparación integral.

Por ello, los avances recientes en la investigación y juzgamiento de estas violencias deben ser valorados como una expansión sustantiva del alcance del Derecho frente a los crímenes de lesa humanidad.

En ese marco, reconocer a las infancias y juventudes como víctimas directas del aparato represivo no implica únicamente ampliar el repertorio de hechos juzgables. Supone, más profundamente, revisar las condiciones mismas en que el Derecho escucha, nombra y repara. Conlleva admitir que la violencia estatal no se agotó en la persecución de militantes, opositores o personas adultas identificadas como “el/la enemigo/a”, sino que alcanzó también a quienes, por su edad y su especial situación de vulnerabilidad, requerían del Estado la máxima protección y recibieron, en cambio, su forma más extrema de agresión.

La relevancia de los avances jurisdiccionales recientes reside, precisamente, en comenzar a quebrar esa larga invisibilización. Allí donde antes hubo fragmentación del relato, indiferenciación del daño o insuficiencia en el encuadre jurídico, comienza a abrirse paso una comprensión más integral del fenómeno represivo.

En definitiva, el Estado democrático tiene el deber de investigar, juzgar, reparar y mantener vigente la memoria.

A 50 años del golpe genocida, que nos digan dónde están.

Referencias bibliográficas

- Garzón Valdés, E. (1989). El terrorismo de Estado (el problema de su legitimación e ilegitimidad). *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, N° 65.
- Oberlin, A. (2023). Mujeres, niños y niñas víctimas del terrorismo de Estado en Argentina. Respuestas judiciales a las violencias que sufrieron: entre la invisibilización y la impunidad [Tesis doctoral inédita]. Universidad Nacional de Córdoba.
- Schindel, E. (2005). El sesgo generacional del terrorismo de Estado: niños y jóvenes bajo la dictadura argentina (1976-1983). En Potthast, B. y Carreras, S. (eds.) *Entre la familia, la sociedad y el Estado. Niños y jóvenes en América Latina (siglos XIX-XX)*, Bibliotheca Ibero-Americana. Iberoamericana / Vervuert, Madrid / Frankfurt am Main. Rerecuperado de: https://publications.iai.spk-berlin.de/servlets/MCRFileNodeServlet/Document_derivate_00001307/BIA_103_255_287.pdf;jsessionid=415F94275D44EB31DE57E1D94E-8A653F

Fuentes documentales

- Bucari, E. (23 de marzo de 2026). Crecer bajo el terror: Infancias y dictadura. Lavaca. Recuperado de: <https://lavaca.org/a-50-anos-del-golpe/crecer-bajo-el-terror-infancias-y-dictadura-2/>
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de La Plata N° 1, causa n° 54007241/2013/TO1, caratulados “SMART, JAIME LAMONT Y OTROS S s/homicidio agravado y otros” y su acumulada n° 54005729, caratulada “GÓMEZ, MARÍA TERESA y otros s/supresión de estado civil de un menor (art. 139, inc. 2) y otros”, sentencia del 5 de julio de 2023. Recuperado de: <https://www.mpf.gob.ar/lesa/files/2023/11/4.-Hogar-Belle%CC%81n.pdf>
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5, causa n° 14217/2003/TO6, fundamentos de sentencia del 25 de junio de 2024. Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/play/d/sentencia-SGU-dc57075e-61cd-44c6-b3cb-8aef6ad24d8.pdf>
- Urondo Raboy, A. citada en Ortner, M. (27 de marzo de 2017). El impacto de la dictadura sobre la infancia hace que desaparezca la Teoría de los Dos Demonios. Agencia de Noticias. Ciencias de la Comunicación. UBA. Recuperado de: <https://anccom.sociales.uba.ar/2017/03/27/el-impacto-de-la-dictadura-sobre-la-infancia-hace-que-desaparezca-la-teoria-de-los-dos-demonios/>
- Urosevich, F. citada en Bucari, E. (23 de marzo de 2026). Crecer bajo el terror: Infancias y dictadura. Lavaca. Recuperado de: <https://lavaca.org/a-50-anos-del-golpe/crecer-bajo-el-terror-infancias-y-dictadura-2/>

A 50 años del golpe. Ley de drogas: una deuda de la democracia

La Ley N° 23737, el paradigma nixoniano y la democracia pendiente



*Emiliano Gareca**

Introducción: el golpe que todavía dura

Hay crímenes que duran un momento fatal y crímenes que duran décadas. El golpe del 24 de marzo de 1976 pertenece a la segunda categoría. No porque sus perpetradores sigan en el poder –la mayoría están muertos o presos– sino porque parte de su arquitectura normativa y conceptual permanece intacta, enquistada en el cuerpo del derecho argentino como una esquirola militar que el bisturí democrático no ha terminado de extraer.

La Ley N° 23737 de estupefacientes, sancionada en 1989, es una de esas esquirolas. La más importante, desde mi punto de vista. Esta ley puede llevar la firma de un gobierno constitucional, pero arrastra la genética de la doctrina represiva que la precedió. Entender por qué requiere una breve pero necesaria digresión histórica: el golpe de 1976 no fue solo una irrupción militar. Fue también, y sobre todo, un proyecto económico y social que necesitaba del terror como instrumento de implementación y del paradigma de la “guerra contra las drogas” como dispositivo de criminalización del disenso.

A cincuenta años de aquella madrugada en la que los tanques salieron a disciplinar a una sociedad que se había atrevido a discutir la distribución del poder y la riqueza, el análisis crítico de nuestra legislación en materia de estupefacientes es una obligación intelectual y democrática. Este artículo va en ese sentido.

* Abogado. Docente universitario. UNPAZ. Contacto: gareca.emiliano@gmail.com

El golpe tenía un socio: el Fondo Monetario Internacional

Existe una narrativa instalada que presenta al golpe de 1976 como una respuesta al “caos” y la “violencia” de los años previos. Esa narrativa omite sistemáticamente lo más importante: quiénes fueron los ganadores. La pregunta de Brecht sigue siendo el mejor instrumento de análisis histórico: ¿a quién le sirve?

El gobierno de Isabel Perón y López Rega fue, ciertamente, un desastre. Pero el desastre que más preocupaba a las clases dominantes locales y a los intereses financieros internacionales no era la violencia política sino la resistencia de los trabajadores organizados frente a los planes de ajuste estructural. En 1975, el llamado “Rodrigazo” –el levantamiento popular contra el tarifazo del ministro Celestino Rodrigo– había derrotado al gobierno en la calle. Los sindicatos seguían siendo una fuerza real. La participación de los trabajadores en el ingreso nacional estaba en niveles que el capital considera insostenibles.

Lo que el golpe vino a instalar, con la picana y el vuelo de la muerte como argumentos, fue el primer experimento de laboratorio del programa neoliberal en América Latina. José Alfredo Martínez de Hoz, ministro de economía de Videla, aplicó las recetas que Milton Friedman había diseñado con sus “Chicago Boys” en el Chile de Pinochet: apertura comercial, desregulación financiera, destrucción del tejido industrial, endeudamiento externo como mecanismo de disciplinamiento fiscal. La dictadura no fue una aberración del capitalismo argentino: fue su expresión más coherente y más brutal.

Treinta mil desaparecidos no es una cifra abstracta. Es la dimensión del terrorismo de Estado necesario para implementar una transformación económica que la sociedad argentina habría rechazado en las urnas. El terror fue el precio de mercado del ajuste.

La dictadura necesitaba destruir no solo los cuerpos sino los proyectos. No solo matar sino hacer imposible que determinadas ideas volvieran a circular. (Walsh, 1977).

De Nixon a López Rega: la exportación del paradigma

La “guerra contra las drogas” no nació en Buenos Aires. Nació en Washington, en el cerebro político de Richard Nixon, que en 1971 declaró que el abuso de drogas era el “enemigo público número uno” de los Estados Unidos y creó la Drug Enforcement Administration (DEA) para combatirlo. Años después, su asesor doméstico John Ehrlichman¹ confesó sin rodeos lo que los historiadores ya sabían: la guerra contra las drogas había sido diseñada para criminalizar dos grupos que amenazaban el orden político norteamericano. Estos eran el movimiento negro (y en especial las Black Panthers, que usaban su derecho a la portación de armas para defenderse y generar temor en los blancos –identificados con

¹ El asesor de Nixon John Ehrlichman confesó la motivación política real en una entrevista publicada en Harper's Magazine en 2016, realizada originalmente en 1994.

el crack y la heroína) y los hippies antibélicos, que no solo protestaban por la guerra de Vietnam y evidenciaban el fracaso militar más espectacular de la historia de EEUU sino que también soñaban con cambiar el sistema –identificados con la marihuana–.

No era una política sanitaria. Era una política policial disfrazada bajo el noble manto del cuidado de la salud y de nuestros jóvenes. La diferencia no es menor: una política sanitaria busca curar; una política policial, encarcelar. Y el encarcelamiento masivo de jóvenes negros y latinos en EE.UU. y de pobres y disidentes en todo el mundo, no fue un efecto secundario “no deseado” del prohibicionismo: fue su objetivo declarado, aunque no en los documentos oficiales.

Este paradigma viajó al sur con la velocidad y la eficiencia que solo tienen las ideas útiles al poder. En Argentina, la Doctrina de la Seguridad Nacional que los militares habían aprendido en la Escuela de las Américas ofrecía el marco perfecto para su recepción: el enemigo interno, la subversión, el agente del caos. José López Rega –el “Brujo”, fundador de la Triple A y ministro de Bienestar Social de Isabel Perón– se adelantó al golpe y a esa lista le agregó al consumidor de drogas. Literalmente: la Ley N° 20771, sancionada en 1974 bajo su influencia directa, equiparaba al adicto con el subversivo en términos de peligrosidad social y respuesta estatal.

No es una metáfora. Es una genealogía. La primera gran ley de drogas argentina nació del mismo vientre que la Triple A: el proyecto político de una derecha autoritaria que necesitaba expandir el campo de lo punible para justificar la represión de cualquier conducta que se desviara del orden establecido. Fumar marihuana y repartir volantes o meter una bomba tenían, en esa cosmovisión, la misma naturaleza subversiva.

No existe diferencia conceptual entre el combate a la subversión política y el combate a la subversión química. Ambos atacan el tejido social del Estado Occidental y Cristiano. (Doctrina de la Seguridad Nacional, aplicación en el Cono Sur, circa 1975).

La democracia heredó el paradigma y lo dejó crecer

En 1983, con el retorno de la democracia, el país recuperó las urnas, pero no el derecho. No del todo. No en lo sustancial. La Ley N° 20771 siguió vigente durante los primeros años del gobierno de Alfonsín. Y cuando finalmente fue reemplazada en 1989, no fue por un quiebre paradigmático sino por una profundización del mismo modelo: la Ley N° 23737, que sigue rigiendo hasta hoy, mantuvo intacta la lógica punitiva de la doctrina de la seguridad nacional y extendió su alcance.

La Corte Suprema tuvo que decir lo obvio en el fallo “Bazterrica” de 1986: penalizar la tenencia para consumo personal viola el artículo 19 de la Constitución Nacional, que establece que las acciones privadas que no dañen a terceros están exentas de la autoridad de los magistrados. Era una conclusión

que no requería genio jurídico: que el Estado encarcele a alguien por fumar un cigarrillo de marihuana en su propia casa era y es una aberración constitucional de manual.

Pero el fallo no duró. En 1990, la misma Corte, con distinta composición –la Corte menemista, naturalmente– revirtió la doctrina Bazterrica en el fallo “Montalvo” y volvió a avalar la penalización de la tenencia para consumo personal. No porque hubiera argumentos jurídicos nuevos, sino porque había una nueva correlación de fuerzas políticas. El derecho, como enseñaba Zaffaroni, no es ajeno al poder: es su producto y su instrumento.

Recién en 2009, con el fallo “Arriola”, la Corte recuperó parcialmente la doctrina constitucional y declaró inconstitucional la penalización de la tenencia de marihuana para consumo personal en cantidades que no superaran el consumo propio. Pero “Arriola” no derogó la Ley N° 23737. La declaró parcialmente inaplicable. Siguió vigente. Sigue vigente. Con toda su carga histórica, con toda su genealogía autoritaria, con toda la violencia institucional que genera.²

El sistema penal selecciona. No actúa sobre los ricos que consumen cocaína en los country: actúa sobre los pobres que venden paco en las villas. La ley es la misma para todos; la selectividad del sistema es brutal para algunos. (Zaffaroni, 2011).

El fracaso: cincuenta años de guerra sin victoria

La evidencia empírica sobre el fracaso de la guerra contra las drogas es tan abrumadora que resulta casi obscuro tener que seguir presentándola. En 1971, cuando Nixon declaró la guerra, el consumo de drogas en Estados Unidos era marginalmente menor al de hoy. El gasto global en la “guerra” supera el billón de dólares acumulado. El resultado es inversamente proporcional al esfuerzo: más consumo, más violencia, más encarcelamiento, más poder para las organizaciones criminales.

El caso más elocuente es el de Afganistán. En 2001, bajo el gobierno Talibán, la producción de heroína era de 74 toneladas. En 2008, bajo siete años de ocupación militar liderada por los mismos Estados Unidos que inventaron la guerra contra las drogas, la producción había llegado a 7.700 toneladas y el país producía el 87% de la heroína mundial.³ La moraleja no necesita traducción: el prohibicionismo no destruye el mercado de las drogas. Lo organiza. Lo hace más rentable. Lo entrega a las organizaciones que no tienen escrúpulos en usar la violencia para defenderlo.

En Argentina, el panorama es análogo en escala. Las villas tienen en el narcomenudeo una economía alternativa al desempleo estructural que el Estado no ha podido o no ha querido reemplazar. Los pibes que venden en las esquinas no son el problema: son el síntoma. El problema es el mercado negro

2 CSJN, Fallos 308:1392, “Bazterrica” (1986); CSJN, Fallos 313:1333, “Montalvo” (1990); CSJN, Fallos 332:1963, “Arriola” (2009).

3 Los datos sobre Afganistán provienen de los informes anuales de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2001-2008.

que los necesita y que el prohibicionismo produce. Cada vez que el Estado encarcela a un vendedor de cuarta categoría –el eslabón más pobre y expuesto de la cadena– otro ocupa su lugar en horas. La guerra contra las drogas es una guerra contra los pobres. Siempre lo fue.

La ley de drogas es, además, la principal fuente de financiamiento de la “maldita policía” que controla el territorio a pesar de que los bonaerenses la denuncian periódicamente y con razón. El mercado negro de las drogas no existe a pesar del Estado: existe con su complicidad. La comisaría que cobra la “protección” al quiosco de paco no es una anomalía: es el funcionamiento normal de un sistema que necesita la ilegalidad para prosperar. Legalizar sería matar esa gallina de los huevos de oro de la corrupción.

Escohotado: la historia larga de una guerra inventada

Ningún análisis honesto de la cuestión de las drogas puede eludir la obra monumental de Antonio Escohotado, cuya *Historia General de las Drogas* –tres volúmenes, más de dos mil páginas– es el más formidable desmontaje histórico del mito prohibicionista que existe en lengua castellana. Escohotado demuestra, con una erudición que desconcierta, que las sociedades humanas han consumido sustancias psicoactivas desde el principio de la civilización registrada, que las prohibiciones son históricamente recientes y culturalmente arbitrarias, y que la distinción entre drogas “legales” e “ilegales” no tiene ningún fundamento farmacológico serio.

El alcohol mata más que la heroína. El tabaco mata más que la marihuana. El clonazepam genera dependencia más severa que la mayoría de las sustancias ilegales. La diferencia entre lo que está en el botiquín y lo que está en la esquina no es química: es política. Es histórica. Es el producto de decisiones de poder que en el siglo XX adoptaron la forma de convenciones internacionales y que en Argentina adoptaron la forma de una ley gestada en el vientre de la dictadura y parida en los estertores del primer gobierno menemista.

Escohotado propone un principio que en apariencia es simple pero que resulta revolucionario en su aplicación: tratar las drogas como lo que son, sustancias con efectos, riesgos y propiedades variables, que el Estado debe regular con criterios sanitarios, no perseguir con criterios penales. Esto no significa que las drogas sean inocuas ni que su consumo sea irrelevante desde el punto de vista de la salud pública. Significa que la adicción es una enfermedad y que las enfermedades se tratan, no se encarcelan. Que el consumidor es un paciente posible, no un delincuente necesario.

Hoy por hoy las sustancias conocidas como drogas han pasado a ser el gran tabú de nuestra cultura, el demonio convocado para justificar cualquier recorte de libertades y cualquier ampliación del aparato policial. (Escohotado, 1989).

No puede haber democracia con una ley de López Rega

Quiero ser muy claro. Una ley diseñada para criminalizar la disidencia política bajo el ropaje de la lucha contra las drogas es incompatible con el Estado de derecho democrático. No porque la democracia no pueda regular el consumo de sustancias psicoactivas, sino porque no puede hacerlo con los instrumentos conceptuales y normativos del autoritarismo.

La Ley N° 23737 viola el artículo 19 de la Constitución Nacional en su núcleo esencial: el principio de reserva, que establece que el Estado no puede perseguir conductas que no dañen a terceros. El consumo personal de cualquier sustancia, incluidas las más dañinas para la propia salud, es una decisión que pertenece a la esfera de autonomía del individuo. El Estado puede y debe informar, asistir y tratar. No puede encarcelar.

Pero la incompatibilidad no es solo constitucional: es histórica y ética. Sostener hoy, a cincuenta años del golpe, una ley que comparte su ADN con la Triple A y con la Doctrina de la Seguridad Nacional es una forma de continuidad con aquello que la democracia supuestamente vino a superar. No basta con juzgar a los genocidas: hay que derogar las leyes que pensaron. No basta con reivindicar los derechos humanos en los discursos de aniversario: hay que dismantelar los dispositivos normativos que los violan cotidianamente.

Cada vez que un pibe de barrio popular es detenido por llevar encima un gramo de marihuana, cada vez que una mujer presa por transportar droga para un narcotraficante que la explotaba purga su condena en una cárcel federal, cada vez que un consumidor de paco muere de sobredosis en una villa porque el Estado no ofrece alternativas a la clandestinidad, se reproduce algo de aquella Argentina de 1976.

La propuesta: regular, no prohibir

La legalización no es apología de las drogas. Es la negación de la hipocresía. Es aceptar que la sociedad consume, que siempre consumió, y que la única pregunta racional es si ese consumo lo regula el Estado con criterios sanitarios y de salud pública o si lo organiza el narcotráfico con criterios de maximización de la ganancia y de expansión del mercado a cualquier costo.

El modelo portugués de despenalización del consumo de todas las drogas, implementado en 2001, redujo la mortalidad por sobredosis en un 80%, los contagios de VIH asociados al consumo intravenoso en un 90% y no produjo el incremento del consumo que los prohibicionistas pronosticaron.⁴ El modelo uruguayo de regulación estatal del mercado de cannabis, implementado en 2013, redujo el mercado negro y mejoró la calidad del producto consumido sin incrementar significativamente las tasas de consumo. La experiencia comparada es contundente: la regulación funciona. La guerra fracasa.

Para Argentina, siguiendo tanto a Escobar en su dimensión histórica y filosófica como a la criminología crítica de Zaffaroni en su dimensión jurídica, la propuesta tiene tres ejes. Primero: la despenalización

⁴ Para el modelo portugués, ver: Hughes, C.E. y Stevens, A. (2010). "What Can We Learn from the Portuguese Decriminalization of Illicit Drugs?", *British Journal of Criminology*, 50(6).

inmediata e incondicional del consumo y la tenencia de cualquier sustancia para uso personal. Segundo: la regulación estatal del mercado del cannabis, comenzando por el medicinal (el REPROCAN es interesante pero defectuoso y aislado) y extendiendo gradualmente la regulación al uso adulto recreativo. Tercero: la sustitución del modelo penal por un modelo sanitario de atención a las adicciones, con recursos genuinos, con formación profesional específica y con políticas de reducción de daños que pongan la vida en el centro.

Esta propuesta no es radical ni fantasiosa. Es racional. Lo irracional es seguir haciendo lo mismo y esperando resultados distintos. Lo radical es sostener, a cincuenta años del golpe, una ley que pensó López Rega y que firmó el menemismo. Lo radical es llamar “política de seguridad” a lo que es, en realidad, una política de control social de los pobres.

Conclusión

Los aniversarios sirven para recordar. Pero la memoria vale algo solo si produce consecuencias en el presente. Conmemorar el golpe de 1976 sin hablar de las leyes que sobrevivieron a él es una forma de memoria incompleta.

La Ley N° 23737 es un fragmento de aquella Argentina que dijimos que nunca más queríamos. No tiene la brutalidad visible de un centro clandestino de detención, pero produce sus propias formas de violencia: la prisión de los pobres, el gatillo fácil como política de seguridad, el negocio policial como economía paralela, la muerte de los adictos abandonados a un mercado negro sin controles. Es una violencia más silenciosa, más cotidiana, más normalizada. Pero no es menos violencia.

La ley de drogas es la principal causa del encarcelamiento masivo de mujeres –el feminismo popular debería tomar nota de este asunto–. La ley de drogas es también la principal causa del gatillo fácil y de la violencia policial. Es la caja negra de la corrupción policial y política. Representa, también, parte de la violencia institucional que ejerce el Estado.

A 50 años del golpe, es hora de terminar con esta ley autoritaria y antidemocrática y decir Nunca Más pibes presos por fumar. Nunca Más negocio policial. Nunca Más gatillo fácil. Nunca Más una guerra contra las drogas inútil, ineficaz y costosa. Nunca Más la prohibición que le sirve a pocos y perjudica a todos. Legalizar y regular es la única manera de terminar con las mafias y cumplir con el mandato democrático y constitucional.

Referencias bibliográficas

Camarotti, A. C. y Kornblit, A. L. (2015). Abordaje integral comunitario de los consumos problemáticos de drogas: construyendo un modelo. *Salud colectiva*, 11(2), 211-221. Recuperado en 25 de marzo de 2026, de https://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-82652015000200005&lng=es&tlng=es

CELS (2016). *Mujeres en prisión: los alcances del castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI / CELS / PPN.

Escohotado, A. (1989). *Historia General de las Drogas*. Madrid: Alianza Editorial.

Kessler, G. (2009). *El sentimiento de inseguridad*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Szasz, T. (1992). *Nuestro derecho a las drogas*. Barcelona: Anagrama.

Walsh, R. (1977). *Carta Abierta a la Junta Militar*. Buenos Aires: ANCLA.

Zaffaroni, E. R. (2011). *La palabra de los muertos*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

El discurso jurídico y la dictadura

Sobre cómo el derecho normalizó la ilegalidad



Gonzalo Gastón Semeria*

Se comunica a la población que, a partir de la fecha, el país se encuentra bajo el control operacional de la junta de Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas. Se recomienda a todos los habitantes el estricto acatamiento a las disposiciones y directivas que emanen de autoridad militar, de seguridad o policial, así como extremar el cuidado en evitar acciones y actitudes individuales o de grupo que puedan exigir la intervención drástica del personal en operaciones.

(Comunicado N° 1 de la Junta de Comandantes en jefe de las FFAA, 24/03/1976).

I

Al cumplirse 50 años del inicio de la última dictadura cívico-militar que el 24 de marzo de 1976 tomó por asalto a las instituciones de la república, suspendió la Constitución Nacional y desplegó un plan sistemático de secuestro y desaparición de personas, cabe preguntarnos, una y mil veces, cómo fue posible que todo eso sucediera. Más allá de las marcas y los efectos materiales y simbólicos que nos dejó este tiempo, vale insistir en la pregunta por sus condiciones de posibilidad.

* UNPAZ-UBA.

En este trabajo no pretendemos dar con causalidades lineales que reduzcan la complejidad de un proceso político semejante al mero juego de variables. Por el contrario, intentaremos insistir sobre los modos en los que el derecho, como discurso del poder, materializó tanto la captura de la estatalidad como la reformulación de un concurso de relaciones económicas y sociales en nuestro país.

A la violencia total ejercida por los operadores de la dictadura, reconocida y condenada en el marco de los múltiples juicios que todavía hoy se llevan a cabo, debe sumarse una compleja red de producción normativa, que en buena medida continúa aplicándose. Normatividad cuya venida al mundo es ignorada, sea por desconocimiento o encubrimiento, por una importante porción de los operadores del derecho.

A lo que debe agregarse que, en buena medida, las prácticas genocidas del régimen se sirvieron de las formas del derecho para su concreción. Si el derecho viste a la violencia, nunca un mejor ejemplo.

En efecto, más allá de la falta de apego a la legalidad vigente e incluso a los reproches que podrían hacerse desde una perspectiva estrictamente iuspositivista, debe remarcarse que por el dispositivo jurídico se concretaron la apropiación de niños y de bienes, el plan económico, la censura y toda una multiplicidad de prácticas que se sucedieron dentro de los causes de la más siniestra normalidad.

Arendt, en su famoso trabajo sobre el juicio de Eichmann en Jerusalén, describió las particularidades del horror en nuestro tiempo. Allí concluyó que lo más grave y –agregamos nosotros– aterrador de lo sucedido, paradójicamente, radica en la normalidad de Eichmann, en su modo de ser no-excepcional. En efecto, fue un hombre que guió efectivamente sus acciones dentro del marco de sentido que estableció el discurso jurídico nazi, que estableció la fuerza normativa de las órdenes del Führer, poseedoras de una performatividad absoluta frente a otras órdenes.

Arendt (2022), ante él, advirtió que actos de tamaño horror no requieren de perversos o sádicos para su realización, sino de personas terrible y terroríficamente normales, que obren conforme al discurso jurídico; el que, como bien advierte la teoría crítica del derecho, no sigue necesariamente a la ley, en sentido formal, vigente. De allí la imposibilidad de las miradas formalistas para comprender como lo imposible (lo ilegal/lo prohibido) es posible.

Ante la simpleza de las explicaciones demoníacas o patológicas, que cortan la responsabilidad del horror en seres bestiales, Arendt molesta amplificando el sonido de lo que se quiere callar. Los sujetos terrible y terroríficamente normales habitan en el discurso jurídico.

Respecto del caso argentino, se destacan los trabajos de Pilar Calveiro, que tempranamente dieron cuenta de cómo, en nuestro país, este “poder desaparecedor” se ejerció burocráticamente por sujetos que fungieron como engranajes de un mecanismo plenamente insertado en la racionalidad de la época (Calveiro, 2004).

Caracterización que, también, ha sido reconstruida en los expedientes penales que dieron por probado estas prácticas sistemáticas y generalizadas “en el marco de un plan general de aniquilación perpetrado por la última dictadura militar” (conforme sentencia en la mega causa Plan Sistemático de apropiación

ción de menores II – Hospital Militar de Campo de Mayo, del TOF 6 de la Capital Federal, de fecha 5/7/12).

De modo que, tanto en el plano sociológico como judicial, encontramos una profunda caracterización sobre las prácticas y los actores implicados en la consumación del terrorismo de Estado durante la dictadura. Esta caracterización no elude la responsabilidad penal de hombres (no demonios) normales, en uso de sus facultades, incorporados a una serie de procedimientos bajo el amparo de una aparente normatividad. Vale recordar que en sus defensas los condenados por delitos de lesa humanidad hacían referencia a los decretos N° 2270, N° 2271 y N° 2272 del año 1975.

Por todo esto creemos que es conveniente, ante la latencia de estas formas de violencia, insistir sobre aquellos elementos “normales” que sirvieron a la realización del terrorismo de Estado. Así como también en el estudio de los espacios discursivos que permiten establecer continuidades entre momentos que pueden ser caracterizados –aunque con bemoles– como democráticos o de vigencia del estado de derecho en su concepción liberal clásica y, por otro lado, momentos de quiebre institucional y captura de la estatalidad por regímenes totalitarios. Dando cuenta de los elementos traficados en uno y otro sentido.

Desde esta perspectiva de análisis, entonces, cabe preguntarnos por los discursos que pervivieron en uno y otro momento. Quizás allí encontremos algunas respuestas respecto de cómo fue posible la perpetuación del terrorismo de Estado por un período de tiempo tan prolongado. Puesto que, la última dictadura, lejos de ser una revuelta o un hecho de extrema violencia letal, se inscribió en la grilla de la estatalidad.

II

Alicia Ruiz señaló que el derecho tiene una relación peculiar con el poder: “le proporciona al poder su discurso legitimante, aun en aquellos casos en que su ejercicio alcance los máximos grados de arbitrariedad y discrecionalidad” (Ruiz, 1986: 163). En este sentido, la categoría de discurso jurídico permite superar la confusión entre ley y derecho sin caer en la trampa esencialista en la que derivan los giros iusnaturalistas. A su vez, esta categoría incorpora al análisis de lo jurídico aquello que es eludido, aquello que opera solapadamente en la aparente literalidad de los distintos textos jurídicos.

Desde esta posición, la teoría crítica del derecho habilita lecturas polémicas del vínculo entre derecho y poder, lecturas que desbordan el campo de análisis tramado en torno a la legalidad/ilegalidad de un régimen de gobierno. En efecto, se advierte que el derecho excede a la ley y que ésta, en todo caso, puede definirse como una pieza discursiva más, dentro de un conjunto heterogéneo que fija –siempre precariamente– los márgenes y contenidos de un determinado orden.

Concretamente: hay derecho en la democracia y en la dictadura, hay derecho en la Alemania nazi, hay derecho en las democracias liberales, hay derecho en la gubernamentalidad neoliberal. Con ello no estamos diciendo que todos esos derechos son “válidos”, “justos” o “adecuados”; sino, por el contrario, estamos afirmando que todos estos regímenes de gobierno, cualquiera fuera su legitimidad, se sustenta

en una forma concreta de derecho, que lejos de ser un simple instrumento formal, se erige como un relato fundacional.

Como bien lo ha señalado Foucault:

Desde la Edad Media la teoría del derecho tiene como papel fijar la legitimidad del poder [...] el discurso y la técnica del derecho tuvieron la función central de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia (Foucault, 2021: 35).

El derecho en la modernidad (y por lo pronto también en la posmodernidad) permite sostener el artificio de la legitimidad que hace posible la obediencia al gobierno estatal y, junto con ello, a una heterogeneidad de dominaciones. A su vez, el derecho somete al gobierno estatal a formas de racionalidad extralegales que informan su accionar.

Desde este marco, entonces, el Comunicado N°1 del 24 de marzo de 1976 de la Junta de comandantes en jefe de las FF.AA., puede leerse dentro del derecho sin que ello implique admitir su legalidad, validez o justicia. Al contrario, es un ejemplo de cómo sus transgresiones también se dan dentro de este campo discursivo. Por ello, el derecho el discurso del orden y los órdenes, como desgraciadamente sabemos, pueden ser terroríficos.

A tal punto hay derecho que tras el derrocamiento de las autoridades constitucionales y el asalto de las reparticiones del gobierno federal se proclamó un texto que, emulando las formas y estilos de las piezas jurídicas, obró como “Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional”. Este documento fue publicado en el Boletín Oficial que, como si nada, continuó con sus ediciones diarias aportando de este modo, un aspecto material y simbólico de suma trascendencia para el sostenimiento de una de las ficciones más audaces de toda dictadura: lograr que sus regulaciones adquieran la dignidad de la Ley, una articulación metonímica para la cual el Boletín Oficial fue una pieza clave.

En efecto, este “como si” llegó a tal punto que se continuó el orden de la numeración utilizada hasta entonces para las leyes. De modo que, el “Reglamento para el funcionamiento de la Junta Militar, Poder Ejecutivo Nacional y Comisión de Asesoramiento Legislativo” fue bautizado como Ley N° 21256.

Una lectura desprevenida y no entrenada en el derecho constitucional argentino difícilmente podría distinguir, por su apariencia y estructura, a la llamada “Ley” N° 21256 de cualquier otra ley sancionada por el Congreso Nacional conforme el procedimiento reglado en la Constitución.

En suma, reforzando aún más esta ficción de ley, actualmente en el portal oficial *Infoleg*, en las observaciones vinculadas con este texto se señala:

OBJETO CUMPLIDO-CESO LA VIGENCIA DE ESTA LEY EL 10-12-83 DÍA QUE ASUMIÓ EL PODER EJECUTIVO EL NUEVO PRESIDENTE ELECTO SEGÚN LO ESTABLECIDO POR ART. 3 DE LA RESOLUCIÓN DE LA JUNTA MILITAR DEL 5- 12-83 (B.O. 7-12-83)-TEXTO ORDENADO OFICIAL POR LEY S-N26-7-78 (B. O. 21-11-78)-REGLAMENTO PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUNTA MILITAR, PODER EJECUTIVO NACIONAL Y COMISIÓN DE ASESORAMIENTO LEGISLATIVO.¹

Caben aclarar, al menos, dos cuestiones que se contravienen por esta anotación marginal en este sitio oficial *Infoleg*. En primer lugar, la Constitución Nacional no admite, bajo ningún concepto, la comisión de golpes de Estado como remedio ante “situaciones de excepción” y que, además, tampoco admite la reasignación de potestades ejecutivas, legislativas y judiciales en una junta que, de facto, se arroge para sí esas funciones.

En segundo lugar, sostener que el Reglamento para el funcionamiento de la Junta Militar, Poder Ejecutivo Nacional y Comisión de Asesoramiento Legislativo se eleva a la dignidad de una Ley, como se registra en el portal *Infoleg*. Esto implica reconocer la fuerza normativa del artículo 5 del Estatuto del proceso² y, en un punto, desaplicar el texto constitucional. En efecto, las leyes de la república solo pueden emanar del Poder Legislativo Nacional. Así como

No es posible la purga del vicio originario de legitimidad en el gobierno usurpador. Tampoco el olvido de nuestros juristas, abogados y jueces en cuanto a que las únicas leyes formales son aquellas que emanan de un cuerpo colegiado según el procedimiento constitucional establecido para su sanción (Diana, 2009: 108).

III

Tal como advierte Foucault “no hay que ver el derecho por el lado de una legitimidad a establecer, sino por el de los mecanismos de sometimiento que pone en acción” (Foucault, 2021: 37). De modo que, más allá de los señalamientos ya mencionados, el asunto no pasa, en esta instancia analítica, por tratar de probar la ilegalidad o los límites de derecho traspasados por el accionar de la última Dictadura, sino por dar cuenta de las formas de dominación que se fundan por este derecho de la Dictadura, contenido en el ordenamiento jurídico que legó.

Insistimos en remarcar la diferencia entre el derecho como discurso y la ley como disposición normativa sancionada por el cuerpo legislativo en una república. Si bien la confusión de ambos términos

¹ Disponible en <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=303517>

² Art. 5: Las facultades legislativas que la Constitución Nacional otorga al Congreso, incluidas las que son privativas de cada una de las Cámaras, serán ejercidas por el Presidente de la Nación, con excepción de aquellas previstas en los Artículos 45, 51 y 52 y en los incisos 19 (en lo que se refiere a Tratados de Paz Alianzas, de Límites y de Neutralidad), 21, 22, 23, 24, 25 y 26 del Artículo 67. Una Comisión de Asesoramiento Legislativo intervendrá en la formación y sanción de las leyes conforme, al procedimiento que se establezca.

resulta habitual, esto se debe a una operación metonímica que es preciso remarcar para desmontar los juegos del lenguaje que traman esta articulación de sentido.

Esta diferencia, como ya hemos señalado, resulta mucho más evidente al exponer la categoría de discurso jurídico, que permite denotar las particularidades de un discurso producido por encargo. Así,

Quando el derecho se muestra a sí mismo como la forma del Estado, como la organización del poder, no lo hace para hacerse cargo de las prácticas sociales implicadas, sino para esconder las formas en que su discurso condensa y distribuye ese poder, al subordinar dichas prácticas (Entelman, 1991: 298).

El discurso jurídico, entonces, comprende y excede a la ley en tanto norma jurídica, comprende y excede al derecho como teoría y doctrina, “se configura como un saber del orden y la seguridad, que estandariza el modo en que debe procederse” (Álvarez, 2020: 908). Vale volver a leer la conminación con que finaliza el Comunicado N° 1 para constatarlo.

Por ello, el discurso jurídico “es por su propia naturaleza un discurso constituyente que asigna significaciones especiales a hechos y a palabras” (Ruiz, 1991: 178). Su topología se compone de tres niveles en constante solapamiento, al punto que no es posible distinguir un orden jerárquico *a priori* entre los mismos. Cada uno de estos niveles se corresponden con una posición enunciativa y con un producto específico. Así, el nivel normativo, el doctrinario y el imaginario social, se estructuran como producto discursivo de quienes son nominados por el discurso jurídico para decir la ley, operar y emitir opiniones válidas sobre el contenido de ley y, por último, reproducir el sentido común. Por ello, “las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de atribución de la palabra, que individualizan a quienes están en condiciones de decir el derecho” (Ruiz, 2009: 13).

De este modo, no siendo el discurso jurídico totalmente análogo al contenido de la ley vigente, es posible comprender como la Dictadura, al tomar la posición de sujeto correspondiente al nivel normativo, logró capturar el mecanismo de producción de normatividad. Para lo cual no es menor recordar se sirvió del apoyo de sendos sectores de la doctrina, los que participaron activamente del gobierno y los negocios generados por el Estado usurpado. Luego, como era de esperar, apelaron a la doctrina de la continuidad de la personalidad jurídica del Estado para, una vez concluida la experiencia dictatorial, garantizar las acreencias obtenidas bajo el terrorismo de Estado por las personas humanas y las empresas beneficiadas.

IV

En este breve trabajo hemos tratado de indagar sobre cómo la última Dictadura Cívico Militar articuló sobre el discurso jurídico para dotar a su producción normativa de apariencia de legalidad. Esta articulación se apoyó en operaciones metonímicas que permitieron traficar sentidos, dando fuerza de

ley a textos que, siguiendo estrictamente el diseño constitucional del Estado argentino, jamás podrían ostentar esa calidad.

Así se entiende que, una vez recuperada la institucionalidad, el Congreso Nacional sancionara la Ley N° 23040 que en su artículo N° 1 dispone “Derógase por inconstitucional y declárase insanablemente nula la ley de facto 22924 [el destacado nos pertenece]” y, en su artículo N° 2 que:

La ley de facto 22.924 carece de todo efecto jurídico para el juzgamiento de las responsabilidades penal, civil, administrativa y militar emergentes de los hechos que ella pretende cubrir, siendo en particular inaplicable a ella el principio de la ley penal más benigna establecido en el artículo 2º del Código Penal. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se altera por la existencia de decisiones judiciales firmes que hayan aplicado la ley de facto 22.924 (el destacado nos pertenece).

Vale aclarar que por la llamada ley N° 22924, del veintitrés de septiembre de 1983, la Dictadura dictó las “Medidas políticas y normativas tendientes a sentar las bases de la definitiva pacificación del país”, entre las cuales se declaraban extinguidas las acciones penales que pudieran surgir “en ocasión o con motivo del desarrollo de acciones dirigidas a prevenir, conjurar o poner fin a las referidas actividades terroristas o subversivas” (art. 1).

Se advierte que el verbo utilizado por el legislador democrático “derogar” es el que usualmente se emplea para dejar sin efecto a las leyes propiamente dichas, es decir, las disposiciones de carácter normativo emitidas por el Poder Legislativo. Estamos ante una marca de la exitosa operación realizada por la Dictadura sobre el discurso jurídico. Éxito que encuentra sus condiciones de posibilidad en la huella que discursiva que trazó la Acordada del diez de septiembre de 1930, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la cual se convalidó la doctrina de facto y, con ella, la seguidilla de golpes de Estado que se sucedieron.

Tradición que fue continuada por las distintas conformaciones del Máximo Tribunal bajo la tesis de la equivalencia entre las leyes de facto y de iure, destacando que “Los actos de un gobierno de facto [...] tienen fuerza imperativa y rigen mientras no sean derogados o revocados lícitamente; y mientras rigen generan derechos subjetivos constitutivos de propiedad lato sensu, si esto resulta de su contenido” (Fallos 313:1483, 314:1477, entre otros). De este modo, la aparente defensa a la seguridad jurídica paradójicamente habilitó su flagrante violación, en la medida que los llamados gobiernos de facto padecen de un vicio de origen insanable.

Según Memoria Abierta y el Colectivo de Periodistas Sin Fin, que administran el sitio “Leyes de la dictadura”³, un total de 417 leyes, de las 4.449 que integran el digesto jurídico argentino⁴ emanaron

3 https://www.lasleyesdeladictadura.com.ar/index.php?a=ReadArticle&article_id=4

4 Aprobado por la Ley N° 26939, sancionada en el año 2014.

de la Junta de Comandantes en Jefe de la última Dictadura. De este modo, se completa la ficción de legalidad y legitimidad en el discurso jurídico.

Para concluir cabe remarcar la importancia de preguntarnos cómo el discurso jurídico permitió normalizar a la Dictadura, tanto en su génesis como en su perpetuación. La Junta de Comandantes y la Comisión de Asesoramiento Legislativo han articulado metonímicamente sobre el discurso jurídico, tarea que no podría haberse concretado con éxito sin la participación de los operadores del derecho (abogados, docentes, doctrinarios y magistrados) tanto en aquellos momentos de sumo terror, como en el posterior “olvido” del vicio de origen de un derecho que aún hoy goza de vigencia, produce efectos y, por ello, nos sigue afectando.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, L. (2020). Crítica, genealogía y derecho: hacia una reconfiguración experimental de la producción de conocimiento jurídico. *ReDeA*, (14 - verano), 907-928.
- Arendt, H. (2022). *Eichmann en Jerusalem* (3era ed.). CABA: De bolsillo.
- Calveiro, P. (2004). *Poder y desaparición*. CABA: Colihue.
- Diana, N. (2009). Discurso jurídico y derecho administrativo: doctrina de facto y emergencia económica. *RAP*, 73-134.
- Entelman, R. (1991). Discurso normativo y organización del poder. En AA.VV., *Materiales para una Teoría Crítica del Derecho* (págs. 295-312). CABA: Abeledo Perrot.
- Foucault, M. (2021). *Defender la sociedad: Curso en el Collège de France (1975-1976)* (2da ed.). CABA: FCE.
- Ruiz, A. (1986). La ilusión de lo jurídico: una aproximación al tema del derecho como un lugar del mito en las sociedades modernas. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 161-168.
- Ruiz, A. (1991). Aspectos ideológicos del discurso jurídico. En AA.VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho* (págs. 149-202). CABA: Abeledo Perrot.
- Ruiz, A. (2009). Derecho, democracia y teoría crítica al fin de siglo. En AA.VV., *Desde otra mirada: textos de Teoría Crítica del Derecho* (págs. 9-19). CABA: EUDEBA.

El legado normativo y jurisprudencial de las dictaduras militares en el derecho administrativo actual



*Milagros Rayes, Julián Besio Moreno, María Laura Manin,
Fernando Alberto Vázquez, Martín Cormick, Marta Maule,
Cecilia Sánchez y Karina Signorile**

Introducción

El presente trabajo se propone examinar el legado normativo y jurisprudencial de los gobiernos de facto en el derecho administrativo argentino, con especial énfasis en el período comprendido entre los años 1976 y 1983 y su proyección en la actualidad. A partir de un enfoque integral, se buscará visibilizar la continuidad de ciertas estructuras normativas y doctrinas judiciales gestadas en contextos de ruptura institucional, y reflexionar sobre su persistencia técnica y simbólica en el orden democrático vigente.

El desarrollo del trabajo se organiza en siete capítulos, estructurados en torno a un eje metodológico que combina el análisis histórico-jurídico, el examen normativo y jurisprudencial y una dimensión cuantitativa de persistencia jurisprudencial. En cuanto al criterio metodológico, el trabajo adopta una perspectiva histórico-institucional y hermenéutica, combinada con un análisis empírico de base jurisprudencial.

* Este es un trabajo que evidencia los avances de la investigación efectuada en el marco del PROAPI 23, dirigida por Milagros Rayes, codirigida por Julián Besio Moreno, cuyo título es "Análisis crítico del Derecho Administrativo: déficit democrático de sus fuentes e incompatibilidades con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la luz del Estado social, constitucional y democrático de derecho". El grupo de investigación está conformado por Milagros Rayes, Julián Besio Moreno, María Laura Manin, Fernando Alberto Vázquez, Martín Cormick, Marta Maule, Cecilia Sánchez y Karina Signorile. Dicho trabajo se da en el marco de la Universidad Nacional de Avellaneda.

Se parte de la revisión documental y bibliográfica (textos constitucionales y normas del Digesto Jurídico Argentino) y de un relevamiento sistemático de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A partir de dicha base, se construye un mapa de persistencia normativa y jurisprudencial, observando la frecuencia y el tipo de uso (formal, sustantivo o mixto) de los precedentes dictados en períodos de facto y su posterior incorporación –sin revisión crítica– en etapas democráticas.

De este modo, la investigación busca contribuir a una lectura crítica del derecho administrativo argentino, situando la técnica jurídica en su contexto histórico y político, y promoviendo una reflexión sobre la legitimidad de las fuentes que estructuran el derecho público actual.

La importancia de la sanción de las reglas de un país en su ámbito natural

Nuestro sistema de gobierno adoptado, conforme el artículo 1 de la Constitución, es el representativo, republicano y federal. En cuanto al sistema republicano de gobierno, una de sus notas esenciales es la división de poderes. Gelli sostiene:

estas separaciones del poder –en realidad entre los órganos– implican atribuciones propias y cooperación compartida entre todos ellos. La finalidad perseguida no es otra que evitar el desborde del poder y el peligro para las libertades personales que suscitaría la centralización en la toma de decisiones públicas. Por eso la concentración del poder es rechazada enérgicamente en el art. 29 de la Constitución argentina. En esa norma se crea el delito de traición a la patria, caracterizando de infames traidores a la patria a los integrantes del Congreso Federal o de las legislaturas provinciales que otorguen al ejecutivo nacional o a los gobernadores de provincias la suma del poder público o facultades extraordinarias por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o personas (Gelli, 2004: 25).

En definitiva, la división de poderes asigna roles, y su aplicación, en sintonía con otros artículos de la misma Constitución, impiden y penalizan el abuso de un poder sobre el otro, o, dicho de otra manera, el incumplimiento del artículo 1° de la Constitución.

La división de poderes establece que las leyes, las reglas de carácter general que organizan nuestra sociedad y reglamentan los derechos establecidos en nuestra Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, deben ser aprobadas en el Poder Legislativo.

Es en el Poder Legislativo en donde están representadas todas las ideas existentes en una sociedad. Así, Santaolalla López (2013) sostiene:

tanto la naturaleza representativa del Parlamento como su condición de órgano de debate van asociados a otra característica, como es la de tratarse de un órgano más o menos numeroso. Su número exacto varía según los

países, pero en general puede decirse que alcanza varios cientos de representantes. De esta forma, la representación se hace lo suficientemente amplia como para reflejar ese pluralismo social de que antes hablábamos, dando entrada sino a todas al menos a las tendencias más extendidas en una sociedad y a sus diversos intereses territoriales. Con ello se sientan las bases para esa discusión que acompaña a todos los procedimientos parlamentarios. No hay Parlamento sin diversidad interna de fuerzas políticas, cada una con su visión y estrategia, y esto es lo que enciende casi automáticamente esa dialéctica entre unas y otras (Santaolalla, 2013: p. 52)

Si bien la utilización de un sistema electoral u otro “inclinan la balanza” para favorecer o no a mayorías o minorías (en el caso, la asignación de dos senadores al partido triunfante y uno al segundo excluye, de hecho, a partidos minoritarios de una de las cámaras), siendo más representativo el sistema D’Hondt para asignar bancas en diputados. Aunque, también, con tendencia favorable hacia los partidos mayoritarios. Así, como bien sostiene Dalla Vía (2008), Propongo la siguiente redacción: Lo cierto es que la elección del Sistema Electoral a utilizar no es inocente, y termina influyendo decisivamente en la conformación del Cuerpo Legislativo. Así, por ejemplo, la asignación de dos senadores al partido triunfante y uno al segundo excluye, de hecho, a partidos minoritarios de una de las cámaras), siendo más representativo el sistema D’Hondt para asignar bancas en diputados. Aunque, también, con tendencia favorable hacia los partidos mayoritarios. Así, como bien sostiene Dalla Vía (2008),

la aplicación de la fórmula de representación proporcional D’Hondt para elección de diputados nacionales tiende a favorecer a los partidos más grandes en los cómputos de los restos o fracciones no enteras para la asignación de bancas. El “efecto psicológico” se produce cuando se renuevan apenas dos o tres diputados por elección en un determinado distrito, incentivando el “voto estratégico” o “voto útil” hacia los partidos con más posibilidades, con el fin de no “perder el voto” (Dalla Vía, 2008: 131).

Lo cierto es que el debate legislativo se transforma en el canal para que la sociedad esté representada adecuadamente en la toma de decisiones sobre la forma de convivir entre nosotros.¹

Análisis de los decretos leyes en materia de derecho público

En materia de derecho público, se han dictado diversos decretos leyes en tiempos de facto. Así, la buscada discusión pública –desarrollada previamente– es omitida, y desde el Poder Ejecutivo, de facto entonces, se dictan reglas de carácter general a simple firma del titular del Poder Ejecutivo de turno.

Es interesante el aporte que realiza Diana (2013) para distinguir entre los conceptos de legalidad y legitimidad. Así, “A los fines de no caer en equívocos, es necesario distinguir entre la legalidad y la legitimidad del poder. Así es que la legalidad del poder consiste en su conformidad con el derecho

¹ Profundizar en Loñ, Felix, “Apuntes sobre sistemas electorales. Citas: TR LALEY AR/DOC/29258/2011

positivo existente. La legitimidad del poder consiste en su conformidad con las teorías del poder aceptadas en la época, en el ciudadano, la legalidad es el signo de la legitimidad. La legalización del poder comporta, pues, su legitimación. Solamente en el caso de que la legalización sea imposible, el usurpador apela directamente a las teorías de la legitimidad”.²

Así, la cuestión que analizamos presenta dos problemas:

- a. El primero, la norma es dictada por medio de un gobierno no democrático, por lo que quien dicta la norma no es un representante elegido democráticamente por el pueblo. Retomando a Diana, “en la construcción dogmático jurídica argentina la teoría de la legitimidad dejó de lado la Carta Fundamental, por intermedio de la doctrina de facto, instalando nuevos valores o priorizando otros intereses, so pretexto de la salud de la Nación” (Diana, 2013: 50).
- b. En segundo lugar, en este marco de gobiernos de facto, la decisión no se delibera como hubiera ocurrido en el Congreso, por lo que se pierde la idea del debate parlamentario como procedimiento necesario para avanzar en la sanción de reglas de carácter general.

Así, como sostiene Fernando Santaolalla López, podemos definir al Parlamento como una “institución deliberante o mejor qué es la institución deliberante por excelencia” (2013: 49). Continúa argumentando, entonces, el concepto de institución deliberante en tanto

caeremos enseguida en la cuenta de que se trata de algo íntimamente asociado a otra característica esencial del Parlamento: su condición de órgano representativo. El Parlamento existe como instancia representativa del pueblo, cuya voluntad forma y sustituye. En este sentido se trata de un órgano consustancial a la democracia: en las dictaduras o no hay Parlamento o hay –todo lo más– un sucedáneo, una mala imitación de lo que supone uno verdadero (Santaolalla López, 2013: 50).

Y esto se advierte mayormente en la medida en que, como bien dice el autor, durante los gobiernos de facto no existe el Poder Legislativo.

Quizás uno de los temas que no debemos dejar pasar es la cantidad de años de gobierno de facto que ocurrieron durante la segunda mitad del siglo XX. Es decir, en el momento de máximo desarrollo normativo del derecho administrativo, una parte importante de la historia argentina se desarrolló bajo gobiernos no democráticos.

Así, si tomamos el espacio temporal existente entre el golpe de Estado del 16 de septiembre de 1955 y el regreso de la democracia del 10 de diciembre de 1983, llegamos a la conclusión de que de esos poco más de veintisiete años de vida institucional, más de dieciocho años (es decir, más de dos tercios del tiempo)

² Ampliar en Diana, Nicolás (2013). La fuerza de las palabras o las palabras de la Fuerza, en Gordillo, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Tomo 7, El derecho administrativo en la práctica, Dirección: Marcelo A. Bruno dos Santos, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013, Sección 1, La Realidad Semántica, Capítulo V, p. 49.

fueron años transcurridos bajo gobiernos de facto, y los otros cerca de nueve años solamente bajo gobiernos democráticos. Entonces, no es de asombrarse la innumerable cantidad de normas dictadas durante aquellos períodos no democráticos .

Tabla N° 1.

Presidente	Tipo de gobierno	Inicio	Fin	Duración
Eduardo Lonardi	Facto	23 de septiembre de 1955	13 de noviembre de 1955	1 mes y 20 días
Pedro Aramburu	Facto	13 de noviembre de 1955	1 de mayo de 1958	2 años, 5 meses y 18 días
Arturo Frondizi	Constitucional	1 de mayo de 1958	29 de marzo de 1962 [n 11]	3 años, 10 meses y 28 días
José María Guido	Facto	29 de marzo de 1962 [n 15]	12 de octubre de 1963	1 año, 6 meses y 14 días
Arturo Illia	Constitucional	12 de octubre de 1963	28 de junio de 1966 [n 11]	2 años, 8 meses y 16 días
Juan Carlos Onganía	Facto	29 de junio de 1966	8 de junio de 1970	3 años, 11 meses y 10 días
Roberto Levingston	Facto	18 de junio de 1970	22 de marzo de 1971	9 meses y 14 días
Alejandro Lanusse	Facto	26 de marzo de 1971	25 de mayo de 1973	2 años, 1 mes y 30 días
Héctor Campora	Constitucional	25 de mayo de 1973	13 de julio de 1973 [n 2]	1 mes y 19 días
Raul Lastiri	Constitucional	13 de julio de 1973 [n 16]	12 de octubre de 1973	2 meses y 30 días
Juan Perón	Constitucional	12 de octubre de 1973	1 de julio de 1974 [n 9]	8 meses y 20 días
María E. Martínez	Constitucional	1 de julio de 1974 [n 10]	24 de marzo de 1976 [n 11]	1 año, 8 meses y 23 días
Jorge Rafael Videla	Facto	29 de marzo de 1976	29 de marzo de 1981	5 años
Roberto Viola	Facto	29 de marzo de 1981	11 de diciembre de 1981	8 meses y 13 días
Leopoldo Galtieri	Facto	22 de diciembre de 1981	18 de junio de 1982	5 meses y 27 días
Reynaldo Bignone	Facto	1 de julio de 1982	10 de diciembre de 1983	1 año, 5 meses y 9 días
Raúl Alfonsín	Constitucional	10 de diciembre de 1983	8 de julio de 1989 [n 17]	5 años, 6 meses y 29 días
Carlos Menem	Constitucional	8 de julio de 1989 [n 17]	8 de julio de 1995	10 años, 5 meses y 2 días
Carlos Menem	Constitucional	8 de julio de 1995	10 de diciembre de 1999 [n 18]	
Fernando de la Rúa	Constitucional	10 de diciembre de 1999	21 de diciembre de 2001 [n 2]	2 años y 11 días
Eduardo Duhalde	Constitucional	2 de enero de 2002 [n 20]	25 de mayo de 2003 [n 21]	1 año, 4 meses y 23 días

Néstor Kirchner	Constitucional	25 de mayo de 2003 [n 21]	10 de diciembre de 2007	4 años, 6 meses y 16 días
Cristina Fernández	Constitucional	10 de diciembre de 2007	10 de diciembre de 2011	8 años
Cristina Fernández	Constitucional	10 de diciembre de 2011	9 de diciembre de 2015 [n 22]	
Mauricio Macri	Constitucional	10 de diciembre de 2015 [n 22]	10 de diciembre de 2019	4 años
Alberto Fernández	Constitucional	10 de diciembre de 2019	10 de diciembre de 2023	4 años

Fuente: elaboración propia.

Como se advierte en la tabla N° 1, los más de 40 años ininterrumpidos de gobiernos democráticos han modificado sustancialmente los porcentajes antes citados. No obstante, y en esto se centra la presente investigación, mucha normativa aún vigente se ha producido en el lapso de esos dieciocho años de gobiernos de facto.

Así, como bien resume Diana, aquel mojón inicial de ruptura institucional de Mitre en 1862 fue el inicio de numerosos quiebres institucionales en nuestra democracia. Sostiene el autor que

La versión mitrista de la historia seguramente ha minimizado este hecho, pero lamentablemente representa el puntapié inicial de la posibilidad cierta de acceder al poder sin necesidad de respetar los procedimientos establecidos para ello. Este primer acto de violencia cívico militar se repetiría luego en 1930, 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976, cada cual con sus particularidades y modalidades, pero siempre con la nota común de que el poder ejercido fue conferido en cada supuesto en particular únicamente con fundamento en la fuerza ostentada (Diana, 2013: 53).

Sobre la diferencia entre decretos leyes y leyes

Podemos pensar, equivocadamente, que los actos, de alcance particular o general (similares a las leyes, pero emanados por gobiernos de facto), al retornar la democracia han sido reputados en todo momento y automáticamente como inválidos.

Este razonamiento se basa en la evidente incompetencia de quien aprueba estos instrumentos. Nadie los ha elegido para ocupar dichos cargos, por lo que, haciendo una analogía con los vicios de los actos administrativos, no fueron efectuados por autoridad competente.³ En ese sentido, las leyes que no han sido sancionadas conforme la Constitución Nacional, no pueden reputarse como válidas.⁴

3 Es nulo un acto administrativo suscrito por un funcionario que no tiene competencia para dictarlo.

4 Ver, entre otros, Fallo "Nobleza Piccardo" (Fallos: 321:3487).

Sin embargo, ante la irrupción de un gobierno de facto por medio de un golpe de Estado en el año 1930, la Corte, en una tristemente innovadora solución al caso, dictó una Acordada validando al nuevo gobierno (y, en consecuencia, a los actos que este dictara, fueran generales o particulares). Así, en dicha Acordada, la Corte, luego de caracterizar al nuevo gobierno como de hecho (o de facto, contrario a de derecho, *de iure*), sostuvo que

esta Corte ha declarado, respecto de los funcionarios de hecho, “que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no les será posible a éstos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones. - Constantineau, “Public Officers and the Facto Doctrine” - Fallos: tomo 148, pág. 303”. Que, el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social.

En idéntico sentido, como bien aporta Diana,

Hacia 1933, la Corte sostuvo que “[e]l funcionario de facto tiene las mismas facultades y atribuciones que el legal, y sus actos, realizados dentro del alcance de la autoridad oficial asumida, en el interés público o de terceras personas y no para su propio uso, no son inconstitucionales, sino válidos y obligatorios como si fuesen de los funcionarios de jure, y así el impuesto creado o aumentado por el Gobierno de facto obliga al contribuyente y la ley posterior que lo consagró con efecto retroactivo, no son tampoco inconstitucionales, por lo que aquél debe ser pagado pero sin multas, pues la aplicación retroactiva de la ley de impuestos no puede tener sino un efecto civil, pero no el de convertir en defraudador, a quien no lo fue bajo la vigencia de la ley anterior” (Diana, 2013: 57-58).⁵

Por lo tanto, ya hace casi un siglo, la Corte equiparó en los hechos los actos derivados de funcionarios de gobiernos de facto con los de gobiernos constitucionales.

El concepto de decreto ley y sus consecuencias

Es a partir de estas irrupciones inconstitucionales que, en miras a dar continuidad a la vida institucional de nuestro país,, se empiezan a utilizar dos conceptos para el dictado de normas de los gobiernos

⁵ El autor cita el fallo del máximo tribunal CSJN, “Impuestos Internos c/ Malmonge Nebrera, Martiniano”, *Fallos*, 169: 309. (1933)

de facto. Por un lado, los decretos, a secas, para actos administrativos. Y, a la hora de establecer reglas de carácter general, los decretos leyes.

En los hechos, la decisión de denominar decreto ley a estos actos de carácter general pretende darle un marco de “normalidad” a una decisión emanada de un gobierno de facto. Mitre hizo uso de la facultad de dictar decretos con fuerza de ley entre 1861 y 1862, pero no con dicha denominación. Ya a partir de la Acordada de 1930, los gobiernos de facto sí hicieron uso de esta denominación, lo que no impidió su validación constitucional de entonces y posterior.

La habitualidad de esta figura jurídica se plasma en el hecho de que, como bien comenta Pablo Ranella,

Al asumir la Presidencia constitucional el general Juan D. Perón, el 4 de junio de 1946, se planteó el problema relativo a la vigencia de los Decretos-leyes. El senador Diego Luis Molinari presentó un proyecto de ley (Diario de Sesiones del Senado, 1946, tomo I, pág. 147), cuyo texto es el siguiente: “Art. 1. Sanciónanse con fuerza de ley todas las disposiciones dictadas por el Poder ejecutivo nacional desde el 4 de junio de 1943 hasta el 3 de junio de 1946, así revistan carácter de Decreto-ley, Decreto normativo u otra forma declaratoria de derechos” (Ramella, 1966: 214).

Recuerda Ramella que

Al considerar ese proyecto en el Senado, el autor de este trabajo dio la razón por la cual se aconsejaba la ratificación de los Decretos-leyes. “Hay autores y doctrinas que sostienen que los Decretos dictados durante los Gobiernos de facto caducan en el momento en que se hacen cargo del gobierno las autoridades constitucionales; doctrinas que pueden ser discutidas pero que el sólo hecho de que se hayan enunciado y de que puedan ser aplicadas por los Tribunales crea al país un estado de inestabilidad jurídica gravísima, y entiende la Comisión que la inestabilidad jurídica es peor que el error jurídico”. Fue una razón de prudencia política la que movió al Senado- de entonces a aprobar los Decretos-leyes, sin abrir juicio sobre si era estrictamente jurídico hacerlo (Ramella, 1966: 214-215).

En algún sentido, es cierto que la continuidad institucional impide anular de cuajo toda la normativa dictada. No obstante, ¿no debiera al menos preguntarse si no corresponde, tras cada salida de un gobierno inconstitucional, efectuar una adecuada revisión de las normas dictadas en ese período?

El gobierno de facto iniciado en 1955 fue más allá. Ello, en tanto el presidente Lonardi, en el Decreto 42/55 estableció en su artículo 1° que

Mientras dure la situación del Gobierno provisional⁶, [...] el Presidente provisional de la nación argentina ejercerá las facultades legislativas que la Constitución Nacional acuerda al Honorable Congreso de la Nación, incluidas las que son privativas de cada una de las Honorables Cámaras de Diputados y de Senadores,

y agregaba en el artículo 2° que “El ejercicio de la facultad a que se refiere el artículo anterior se cumplirá por medio de Decretos-leyes encabezados por la siguiente fórmula: ‘El Presidente provisional de la Nación en ejercicio- del Poder legislativo, decreta con fuerza de ley’”.

La solución posterior fue similar. Así, la Ley 14467 del año 1958 estableció en su artículo 1°: “Declárase que continúan en vigencia los Decretos-leyes dictados por el Gobierno provisional entre el 23 de septiembre de 1955 y el 30 de abril de 1958, que no hayan sido derogados por el Honorable Congreso de la Nación”. Por lo tanto, la regla fue la validez de las normas.

Quizás el gran cambio en materia de validación institucional lo dé la incorporación a la Constitución de 1994 del artículo 36, en cuanto, enfáticamente sostiene que “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.” Ahora, ¿qué ocurre con las normas dictadas durante esos años que no violan flagrantemente el texto constitucional? ¿Cómo corresponde tratarlas?

Reseña normativa de los decretos leyes dictados en el período 1976-1983

En el marco del presente proyecto de investigación, hemos realizado un minucioso relevamiento de los decretos leyes dictados por la última dictadura cívico militar en el período comprendido entre los años 1976 y 1983.⁷ En tal sentido, analizamos las normas de derecho público a partir del ordenamiento, actualización y publicidad efectuado por el Digesto Jurídico Argentino, el cual puede consultarse en la página web: <https://www.saij.gob.ar/digesto-juridico-argentino>.

De allí, se extrajeron las normas relativas a las siguientes áreas: Acción y Desarrollo Social, Administrativo, Aduanero, Bancario, Civil, Constitucional, Cultura, Diplomático y Consular, Económico, Educación, Seguridad Social, Impositivo, Industrial, Laboral, Medioambiente, Militar, Fuerzas de Seguridad, Penal, Político, Procesal Penal, Recursos Naturales, Salud, Transporte y Seguros.

Más allá del recorte temporal realizado a los efectos de su análisis metodológico, cabe enfatizar que, en el ámbito del derecho público y administrativo, encontramos, por fuera de la última dictadura cívico militar, pero también dictado en época dictatorial, el Decreto Ley 19549 que aprueba la Ley

⁶ Nótese el eufemismo de las palabras “situación” y “provisional”. Ampliar en Terroba, Mario (2010). *La Constitución de 1949. Una Causa Nacional*. Fundación Ross.

⁷ Muchas de ellas se denominan coloquialmente “leyes”, aunque bajo ningún punto de vista siguieron el procedimiento constitucional para serlo.

Nacional de Procedimiento Administrativo, dictada el 27 de abril de 1972, en conjunto con su decreto reglamentario, que es la norma matriz de nuestro derecho administrativo, sin dejar de señalar otra normativa también fundante de nuestro derecho público que es la Ley de Amparo N° 16986 del 20 de octubre de 1966 y la Ley 19983 de Resolución de Conflictos Administrativos, dictada el 29 de noviembre de 1972.

Ahora bien, en función de su extensión y los objetivos propuestos en el trabajo de investigación, se elaboró una tabla –que se adjunta a continuación– en la cual se reseñaron los decretos leyes más relevantes y que resultan aplicables en la actualidad:

Tabla N° 2.

Tema	N°	Título	Fecha de sanción
Seguridad	21265	Habilitación de empresas de seguridad personal	24/03/76
Administrativo	21499	Régimen de Expropiaciones	17/01/77
Bancario	21526	Entidades Financieras	14/02/77
Fomento	21608	Régimen de Promoción Industrial	23/07/77
Administrativo	21626	Tribunal de Tasaciones de la Nación	19/08/77
Administrativo	21673	Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero	21/10/77
Administrativo	21475	Registro nacional de cultos	10/02/78
Aduanero	21775	Facultad del Poder Ejecutivo a restringir exportación de materiales críticos	05/04/78
Recursos Naturales	21778	Contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos	14/04/78
Transportes	21844	Servicios Públicos de Autotransporte – Régimen de sanciones por infracciones	03/08/78
Administrativo	21890	Escribanía General de Gobierno	17/10/78
Política territorial	21900	Adjudicación de tierras fiscales en zonas de frontera	30/10/78
Militar	21906	Creación del Instituto de Vivienda del Ejército	03/11/78
Seguridad	21965	Ley para el personal de la Policía Federal Argentina	27/03/79
Militar	22082	Instituto de Vivienda de la Fuerza Aérea	28/09/79
Penales	22117	Registro Nacional de Reincidencia	06/12/79
Administrativo	22140	Régimen jurídico básico de la función pública	18/01/80
Energía	22179	Central Nuclear de Atucha , se dispusieron declaraciones de interés público de inmuebles indeterminados	07/03/80
Profesionales	22192	Ejercicio de la Abogacía en el ámbito de la Justicia Federal	14/03/80
Ambiental	22289	Prohibición de Fabricación, Importación, Comercialización y Uso de Determinados Plaguicidas	19/09/80
Administrativo	22315	Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia	07/11/80

Seguridad	22352	Administración de centros de frontera	05/12/80
Sociales	22359	Creación del Fondo Nacional del Menor y la Familia	23/12/80
Salud	22373	Consejo Federal de Salud	13/01/81
Aduanero	22415	Código Aduanero	02/03/81
Administrativo	22423	Venta de inmuebles del dominio privado del estado	06/03/81
Administrativo	22460	Servicios de Consultoría	06/04/81
Administrativo	22520	Ley de Ministerios	21/12/81
Administrativo	22970	Remuneración de las autoridades de las empresas y sociedades del estado	21/04/83
Militares	22919	Ley para el Instituto de Ayuda Financiera para Pago de Retiros y Pensiones Militares	19/09/83

Fuente: elaboración propia.

De la reseña efectuada, es posible advertir la existencia de normas relevantes en materia de derecho público como el Régimen de Expropiaciones y la creación del Tribunal de Tasaciones de la Nación. Aquí es importante destacar que el Decreto Ley N° 21499 de expropiaciones solamente incluye el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación, sin tomar en cuenta el lucro cesante. Cabe destacar que dicha normativa podría oponerse a los conceptos de “justa indemnización” y “reparación integral” analizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador”, sentencia del 6 de mayo de 2008.

También cabe poner de resalto –como normas relevantes– el dictado del Decreto Ley de Entidades Financieras, el ejercicio de la abogacía en el ámbito de la Capital Federal, el Código Aduanero y la “ley” para el personal de la Policía Federal Argentina. Por último, se destaca el cúmulo de normas relativas a organización administrativa en tanto disponen la creación y marco regulatorio de órganos o entes insertos en el Estado Nacional, siendo la más importante la Ley de Ministerios N° 22520.

Por otra parte, si bien la Ley 22140 de “Régimen jurídico básico de la función pública” fue derogada por la Ley 25164, “Ley marco de regulación del empleo público nacional”, de fecha 8 de octubre de 1999, muchos de sus institutos se mantuvieron incólumes.

Continuidad de los precedentes judiciales del período 1976-1983 en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Luego de haber examinado en los capítulos anteriores la estructura normativa de los decretos leyes dictados durante los gobiernos de facto y su recepción formal en el orden jurídico posterior, este

capítulo se orienta a analizar la continuidad jurisprudencial de ese período en la práctica judicial contemporánea.

En particular, se estudia cómo los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 1976 y 1983, en un contexto de suspensión del orden constitucional, han sido posteriormente citados, reinterpretados o reproducidos por la propia Corte en democracia. Este apartado constituye, por tanto, la etapa empírica del trabajo, donde la reflexión teórica y normativa desarrollada previamente se contrasta con evidencia concreta: la frecuencia, el tipo y la finalidad de las citas de precedentes emanados de gobiernos de facto, a fin de evaluar si su persistencia técnica en la jurisprudencia actual responde a una continuidad acrítica del discurso judicial o a una resignificación dentro del marco constitucional vigente.

Para ello, se recurrió al sitio oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, <https://www.csjn.gov.ar>, particularmente a su base de jurisprudencia y al buscador de fallos que permite rastrear citas y referencias cruzadas por año, materia y palabra clave.

El procedimiento consistió en identificar, para cada uno de los fallos del período 1976-1983 incluidos en el listado de materias de interés, los documentos posteriores en los que dichos precedentes fueron citados o invocados por la Corte. Mediante la consulta de la base digital, se registraron los años de cita, las materias asociadas y el tipo de uso (referencia formal o sustantiva). Este relevamiento permitió construir un mapa de persistencia jurisprudencial, que muestra la frecuencia con la que los fallos dictados durante el período dictatorial reaparecen en decisiones contemporáneas.

A partir de los datos obtenidos, se elaboró un conteo simple de frecuencia de citas por año y por bloque temático (acto administrativo, nulidad, procedimiento, control de constitucionalidad, igualdad, amparo). Ello permitió observar un patrón temporal: la reactivación de las citas entre 2015 y 2025, especialmente en materia de nulidad y razonabilidad administrativa.

En un primer análisis cuantitativo, se pueden destacar los siguientes datos: número de fallos tomados en consideración: 35 casos totales, 32 citados en años posteriores (hasta 2025). Los temas o voces vinculadas al derecho público y administrativo en donde se hallaron más cantidad de fallos son los siguientes: Acto Administrativo (11 casos), Constitución Nacional (6), Procedimiento Administrativo (5), Igualdad (4), Acción de amparo (3), otros (6, empleo público y concesión de uso de bienes del dominio público, interés público, entre otros).

El año de mayor densidad del dictado de los fallos es el año 1976 (20). En los años sucesivos, se observa lo siguiente: 1977 (2), 1978 (1), 1979 (3), 1980 (1), 1981 (1), 1982 (4) y 1983 (4). Este extremo podría coincidir con la mayor proximidad del dictado del Decreto Ley 19549, que se publicó el 27 de abril de 1972, en la misma fecha que su Decreto Reglamentario 1759/1972 (período correspondiente a la anterior dictadura militar que transcurrió entre los años 1966-1973).

El 75 % de las citas corresponden a los años 2015-2025. La mayoría de las citas son referencias formales o técnicas, sin reelaboración de la doctrina del fallo (como “Ercoli”, “Brizuela”, “Gómez Villafañe”,

“Invernizzi”), mientras que la minoría son relecturas sustantivas, es decir, fallos donde se rescata efectivamente la doctrina (como “Ventura”, “Rodríguez Blanco de Serrao”, “Lanín”, “Goñi”, “Duperial” y “Movimiento Scout Argentino”).

Los fallos dictados durante la dictadura continúan siendo citados con notable frecuencia, sobre todo desde 2015, pero esa persistencia no implica continuidad ideológica ni doctrinaria. La mayoría son recuperados por su valor técnico o formal (estructura, definiciones, control de razonabilidad) y no por la doctrina de fondo, que en muchos casos respondía a un orden político autoritario. El fenómeno podría evidenciar una inercia formalista del sistema de citas judiciales y la falta de un ejercicio sistemático de depuración o reinterpretación de precedentes predemocráticos.

Por ejemplo: el fallo “Ercoli, María Cristina” (1976, *Fallos* 296:372) se cita nueve veces en los últimos años (2015-2024) como precedente técnico sobre los límites del legislador para reglamentar derechos constitucionales y el principio de razonabilidad (arts. 14, 28 y 31 CN).

Sin embargo, no se discute ni se rescata su contexto ni su núcleo argumental, en efecto, los hechos del caso fueron los siguientes: la señora María Cristina Ercoli interpuso un recurso de *habeas corpus* alegando su detención o restricción de libertad personal en el contexto del estado de sitio declarado en la República Argentina.

La detención se produjo bajo la autoridad del Poder Ejecutivo en virtud del régimen de excepción vigente, conforme a decreto leyes o normas adoptadas bajo el estado de sitio; la recurrente reclamaba el restablecimiento de su libertad o, al menos, que se revisara la legalidad de su detención, recurso que fue rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, justificando el accionar de las Fuerzas Armadas.⁸

8 Procedemos a citar los considerandos pertinentes en donde se fundamenta el rechazo del *habeas corpus* presentado por la señora Ercoli: “5) Que el Señor Procurador General pidió se librara oficio al Poder Ejecutivo para que informase “si a su juicio doña María Cristina Ercoli se encuentra vinculada con alguna de las organizaciones armadas que en la actualidad disputan al Estado el monopolio del uso de la fuerza, cuyas actividades subversivas hicieron imprescindible la suspensión de la vigencia de la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional dispuesta por Acta Institucional del 24 de marzo pasado”. A este requerimiento respondió el señor Ministro del Interior manifestando que el “Excmo. señor Presidente de la Nación ha considerado, al disponer dicho arresto, que la actividad de la ahora detenida podía coadyuvar a mantener, expandir o agravar las causas que motivaron la declaración del estado de sitio”. Tales causas resultan de los considerandos del decreto 1368, dictado con fecha 6 de noviembre de 1974, en los que, entre otras cosas, se dice que las medidas adoptadas para que los elementos de la subversión depongan su actitud no han dado resultado; que “es deber esencial del Estado Nacional Argentino preservar la vida, la tranquilidad y el bienestar de todos los hogares”, que “la generalización de los ataques terroristas que repugnan a los sentimientos del pueblo argentino sin distinción alguna promueven la necesidad de ordenar todas las formas de defensa y de represión contra nuevas y reiteradas manifestaciones de violencia...”. O sea, que de la respuesta ministerial se desprende que Poder Administrador considera a la recurrente vinculada a actividades subversivas. Dicho decreto fue prorrogado por el que lleva el No 2717 y fecha del 1º de octubre de 1975. En una situación algo parecida, esta Corte tuvo oportunidad de manifestar “... Que antes de entrar al examen de cada uno de los agravios expresados por el apelante, corresponde tener presente un hecho básico ineludible: la Revolución del 16 de setiembre de 1955, que ha originado todos los hechos posteriores, inclusive el procesamiento de las autoridades depuestas y la investigación de los enriquecimientos ilegítimos que se hubieren producido durante el régimen anterior. Si se prescinde de aquel antecedente fundamental, pierde sentido, desde luego, todo lo que en la República ha ocurrido después...” (*Fallos*: 238:76, en pág. 125, segundo párrafo). Que lo dicho en aquella época era cierto por entonces, y lo sigue siendo hoy, aún con mayor intensidad, frente a una guerrilla subversiva ante la cual ningún ciudadano puede permanecer indiferente; menos todavía la autoridad pública, cuya más urgente función radica en crear el indispensable orden exterior de la convivencia como paso previo a la consecución de una auténtica paz social.

En ese sentido, las citas actuales suelen ser referencias formales, descontextualizadas del trasfondo político y jurídico de origen, reproduciendo la “autoridad” de los fallos de la CSJN sin revisión crítica de su sentido original.

Desde ese punto de vista, podríamos afirmar que la cita posterior podría funcionar como una suerte de legitimación retroactiva, es decir, cuando la jurisprudencia contemporánea –posterior al retorno democrático– cita fallos de 1976-1983 sin contexto crítico, se produce un fenómeno de validación hermenéutica pues se rescatan argumentos técnicos (por ejemplo, sobre nulidad, motivación, discrecionalidad), pero se invisibiliza su marco político de producción; en los repertorios y bases de datos judiciales, esos fallos aparecen “neutralizados”, como si fueran parte de una misma línea doctrinaria continua desde 1930 hasta hoy; esto construye una memoria institucional sin fractura, donde el lenguaje de la Corte parece ajeno a los regímenes políticos que lo sostuvieron. Otro ejemplo que podemos mencionar es el fallo “Invernizzi” (*Fallos* 305:1453, 1983) que se cita por su doctrina sobre competencia⁹ desconociendo que se trata de un precedente en donde el militar detenido, Hernán César Invernizzi¹⁰ –quien se encontraba cumpliendo la pena de reclusión por tiempo indeterminado impuesta por condena del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas–, presentó una acción de amparo a fin de que se determinara con precisión el diagnóstico de la dolencia que lo aquejaba y para que se dispusiera el tratamiento adecuado. El recurso extraordinario fue concedido por la CSJN, en contradicción con el dictamen propuesto por el fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mario Justo López, y se dejó sin efecto la sentencia de su predecesor –la Cámara Nacional de Apelaciones

7) Que un verdadero estado de necesidad reinante en el país obligó a las Fuerzas Armadas a tomar a su cargo el Gobierno de la Nación, no olvidando, por cierto, el deber de proteger los derechos individuales. En tal sentido fijó el propósito y los objetivos básicos para el “proceso de reorganización nacional”, lo que se asentó en acta que lleva fecha 24 de marzo próximo pasado, jurando cumplir y hacer cumplir dichos objetivos, el “Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional y la Constitución de la Nación Argentina”.

8) [...] Además, una correcta hermenéutica de los preceptos constitucionales indica que éstos y las leyes que los reglamentan han de interpretarse a la luz y función de las finalidades fundamentales enunciadas en el Preámbulo, entre las cuales cabe tener hoy especialmente en miras las de “consolidar la paz interior” y “proveer a la defensa común”, habida cuenta del estado de conmoción interna desencadenado por grupos armados que mantienen en lucha represiva a las fuerzas de seguridad. 11) Que, si bien aún sobre tales pautas, suspender sine die el derecho de optar por salir del país pudo encontrar óbice constitucional en cuanto se considerase que ello implicaba una condena a prisión por tiempo indeterminado, lo que resultaría violatorio de la prohibición al Presidente de la República de aplicar penas y ejercer funciones judiciales (arts. 23 y 95 de la Constitución Nacional), la posterior sanción del Acta Institucional del 27 de octubre pasado y de la ley 21.448 de la misma fecha, importa un cambio sustancial de aquella situación. Ello es así en virtud de que la citada Acta Institucional determina imperativamente la limitación temporal de la suspensión establecida en el Acta del 24 de marzo pasado y la ley 21.448 fija en un plazo cierto de ciento ochenta días la vigencia de esa suspensión (art. 19) y crea condiciones que posibilitan el restablecimiento del ejercicio del derecho de opción (art. 29). Esta nueva situación legal, considerada a la luz de los criterios orientadores antes expuestos, y atendiendo a las circunstancias de hecho imperantes también referidas, no puede reputarse arbitraria, ni irrazonables los medios adoptados para asegurar el logro de los “Propósitos y Objetivos Básicos del Proceso de Reorganización Nacional” que se juraron observar conjuntamente con la Constitución Nacional; único juicio éste que compete en la materia a los tribunales de Justicia (*Fallos*: 240:223).

9) Siempre se cita este fragmento: “Al respecto, cabe recordar que a fin de resolver una cuestión de competencia, es preciso atender, de manera principal, a la exposición de los hechos que el actor efectúa en la demanda, así como también al origen de la acción y a la, relación de derecho existente entre las partes (*Fallos*: 311:1791 y 2065; 322:617, entre otros) y después, sólo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de la pretensión (*Fallos* 305:1453; 306:1053 y 308:2230; 320:46; 324:4495, entre muchos otros), pues deberá estarse a la realidad jurídica y no a la mera voluntad de las partes (*Fallos*: 297:396; 299:89; 301:702, entre muchos otros)”.

10) <https://eltopoblado.com/wp-content/uploads/2017/02/Invernizzi.pdf>

en lo Criminal y Correccional Federal—, que había considerado cumplido el Informe del artículo 8 de la Ley 16986 con la sola presentación de una nota por la que el Servicio Penitenciario Federal hizo saber a la accionante que de los estudios practicados solo se constataba una sacralización congénita de la quinta vértebra lumbar.

Esta observación crítica del nacimiento del derecho administrativo también ha sido puesta de resalto por Sammartino (2021), al afirmar que

la primera matriz de derecho administrativo que gravita sobre el régimen jurídico del acto administrativo fue diseñada en períodos de quiebre o ruptura institucional. Este modelo se compone de: (i) normas legales y reglamentarias, dictadas por autoridades de facto, que están vigentes (v.gr., “Ley” 19549, de procedimientos administrativos, “Ley” 16.986 de amparos); (ii) doctrina jurisprudencial labrada por la CSJN en períodos de ruptura del sistema democrático (v.gr. “Universidad Bmé. Mitre”; “Duperial”, “Rodríguez Blanco de Serrao”, entre otros) que, a pesar de los cambios institucionales y de la reforma constitucional, pervive en pronunciamientos judiciales de los últimos lustros; (iii) doctrina administrativa de organismos de asesoramiento elaborada en tiempos de quiebre democrático, que aún se mantiene en los asesoramientos consultivos; (iv) doctrina autoral respaldatoria de las normas, jurisprudencia y doctrina anteriores.¹¹

Continúa el autor afirmando que, más allá de los elogios dispensado por la doctrina afín a los regímenes de facto, lo cierto es que las “leyes” de amparo y procedimientos administrativos, juntamente con la jurisprudencia y doctrina complaciente labrada en los años de discontinuidad institucional procuraron encubrir y disfrazar lo insoslayable: la múltiple deslegitimación del poder político y de las construcciones jurídicas realizadas en torno a este por jueces designados sin que se observara el procedimiento complejo establecido entonces, como ahora, en la Constitución Nacional. La susodicha deslegitimación no solo es de origen, sino de ejercicio. En efecto: el acceso al poder a través de actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático fue acompañado por actividad estatal y paraestatal desarrollada extramuros de las mínimas exigencias que impone el principio de dignidad humana (Sammartino, 2021).

Jurisprudencia relevante en temas de derecho administrativo, con principal énfasis en acto administrativo y procedimiento administrativo

En otro orden de consideraciones, y en lo que respecta a las materias específicas del derecho administrativo, como acto administrativo, empleo público y procedimiento administrativo, se encontraron

11 Cfr. Sammartino, Patricio E. (2021). Introducción al Estudio Sistemático de las consecuencias principales y secundarias del Acto Administrativo irregular, *Revista Rda Derecho Administrativo*, (135) Mayo-Junio 2021, Abeledo Perrot, pp. 3-92.

en este período temporal algunos fallos que resultan señeros y que son de constante aplicación en la actualidad.

Tal como afirma Sammartino,

el desprecio por el derecho de defensa del particular; la entronización de la teoría de la subsanación; la naturalización de la reformatio in pejus (como supuesta derivación del principio de verdad jurídica objetiva que emana del art. 7 inciso c, de la LNPA); la exigencia del agotamiento de la vía administrativa como recaudo de admisibilidad de la pretensión procesal de amparo de los derechos y garantías fundamentales; la expansión de las denominadas potestades inherentes como poder indeterminado habilitante para restringir derechos y otras situaciones jurídicas activas; la energización de la potestad anulatoria de actos favorables que concretizan la satisfacción de derechos fundamentales indisponibles; el ejercicio de poderes discrecionales fuera de todo marco de razonabilidad y detraído de control; el indudable desapego por la índole de las situaciones jurídicas activas creadas, reconocidas o declaradas por un acto administrativo; el miraje restrictivo al momento de valorar la admisibilidad de la pretensión amparista frente a la actividad o inactividad formal o material de los poderes públicos; la generalizada e indiferenciada carga de agotar la vía administrativa previa, sin ponderar la naturaleza e índole de los derechos en juego; la aceptación de que mediante la mera cita de una norma se satisface el requisito de la motivación suficiente de un acto discrecional, entre otras, son manifestaciones de esta matriz que aún perdura (Sammartino, 2021: 4).

Veamos algunos puntos hallados en nuestro análisis:

a) Teoría de la subsanación:¹² fallos “Duperial” (1979, *Fallos* 301:953) y “Goñi Demarchi” (1979, *Fallos* 301:1200).

En este punto, es dable señalar que la literatura especializada se ha manifestado cuestionando dicha teoría.¹³ En virtud de ella, la violación en sede administrativa de las exigencias del debido proceso es subsanable en sede judicial¹⁴ –e incluso en la propia sede administrativa, a través de las instancias de control recursivo de los actos–; el incumplimiento de esta garantía formal, de rango constitucional, es valorado, frecuentemente, como determinante de una nulidad relativa. Tal como afirma Mairal

la teoría de la subsanación premia doblemente la inconducta de la administración. En primer lugar, la administración puede dictaminar o motivar luego de conocer los argumentos del particular para cuestionar el acto. Y, además, mantiene incólume la posibilidad de revocar el acto por falta de un requisito esencial (el dictamen jurídico, la motivación o el sumario) ya que dependerá de su sola voluntad remediar o no el defecto.

12 De acuerdo a lo expresado por Comadira dicha teoría fue denominada “Teoría de la Subsanación” por Linares, Juan Francisco, en *La garantía de la defensa ante la Administración*, LL, 142-1137, cit. por Comadira, Julio Rodolfo, en *Procedimientos...*, op. cit. p. 317.

13 Cfr. Julio Rodolfo Comadira, *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada*. La Ley, 2007, p. 317 y Pedro Aberastury y María Rosa Cilurzo, “La teoría de la subsanación del Acto Administrativo. Su crítica”, disponible en <https://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/bases-para-la-libertad/2025-aberastury-cilurzo.pdf>, entre muchos otros.

14 CSJN, fallo “Universidad Bartolome Mitre” (1969, *Fallos* 273:134) fallo dictado también en época de quiebre institucional, citado en 2024 por la CSJN.

De todo esto resulta que la jurisprudencia aplica estrictamente las normas del RLPA en contra del particular, pero flexibiliza esas normas cuando él es quien las invoca a su favor en contra del Estado (Mairal, 2010: 3).

b) Exceso ritual en el agotamiento de la instancia administrativa. Exigencia del pronto despacho para tener por habilitada la instancia judicial en caso de silencio, Fallo “Odol” (1982, *Fallos* 304:651) exigencia recientemente dejada sin efecto por la modificación realizada al artículo 10 por la Ley 27742.¹⁵

c) La declaración de nulidad absoluta en sede administrativa. La doctrina de las prestaciones periódicas:¹⁶ “Movimiento Boy Scouts” (1980, *Fallos* 302:545) y “Blanco de Serrao” (*Fallos* 304:898, 1982).

En el primer caso, la CSJN consideró que, si previo al dictado del acto que autorizó a funcionar con carácter de persona jurídica a una asociación no se cumplió con una exigencia normativa, esta omisión causa la nulidad absoluta e insanable del acto habida cuenta que el requisito de forma exigido respondía a consideraciones relativas a los intereses de la comunidad y al orden público administrativo.¹⁷

d) Convalidación de actos administrativos de gravamen, como disponibilidades y prescindibilidad de personal, carentes de la motivación que requiere el artículo 7, inciso e) de la LPA, admitiendo motivaciones genéricas, como por ejemplo “Martínez de Sucre, Virgilio J. L” (1983, *Fallos* 305:209), “Díaz Ortiz, Felix” (1976, *Fallos* 295:806), “Cima, María Cristina” (1977, *Fallos* 298:172) y “Goñi Demarchi” (1979, *Fallos* 301:1200).

Tal como explica Comadira, los criterios de la Corte –de ese momento– han sido legitimadores del ejercicio de potestades administrativas fundadas solo en razones de servicio invocadas dogmáticamente, pero no acreditadas en forma concreta, y han guardado coherencia con el criterio que normalmente ha observado el Alto Tribunal en materia de prescindibilidad de agentes públicos.¹⁸

e) Fallos que, si bien no tienen citas posteriores de la CSJN, son profusamente citados por la doctrina administrativista.

Como ejemplo de ello, podemos citar el fallo “Peña de Tuero Magdalena” (*Fallos* 1983- 305:171) citado por la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes 495/2004-Tomo: 251, Página:

15 Decreto Ley 19549: “ARTÍCULO 10.- El silencio o la ambigüedad de la Administración se regirá de conformidad con las siguientes normas: a) Cuando se tratare de pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá conferirse al silencio sentido positivo.

Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta (60) días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado podrá dar por configurado el silencio de la Administración”.

16 Responde al texto original del artículo 17 de la Ley 19549: “Revocación del acto nulo. ARTÍCULO 17.- El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto hubiere generado prestaciones que estuviere en vías de cumplimiento solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.

17 Cfr. cit. por Julio Rodolfo Comadira, *Procedimientos administrativos*, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 309.

18 Cfr. Comadira Julio Rodolfo, *Idem*, p. 323.

642, entre muchos otros y por la doctrina administrativista.¹⁹ Se trataba de un caso de un ministro de Educación pretendiendo tomar una decisión de competencia de un órgano de una universidad. Allí se dijo que, mediando incompetencia en razón de la materia, la resolución administrativa es nula, de nulidad absoluta y, por ende, insusceptible de ser saneada.

Otro ejemplo es el fallo “Metalmecánica” (1976, *Fallos* 296-672) de donde surge la consideración del contrato administrativo como un acto administrativo bilateral.²⁰

Conclusiones

Como primeras conclusiones de la presente investigación, podemos realizar las siguientes consideraciones:

- Esta investigación pretende visibilizar la historicidad del discurso judicial, es decir, quién habla, desde qué régimen y con qué propósito institucional.
- Resulta necesario, desde el estudio del derecho administrativo, vincular la vigencia técnica de los conceptos (que pueden ser útiles y correctos) y la legitimidad democrática del órgano que los formula.
- Se observó que la jurisprudencia dictada en épocas de quiebre institucional sigue citándose por su utilidad técnica, sin problematizar el contexto.
- Se observó que muchas teorías actualmente aplicables en el ámbito del derecho administrativo tienen una raíz autoritaria (por ejemplo: la teoría de la subsanación, la de las “prestaciones periódicas” como justificación para anular actos administrativos de oficio en sede administrativa, la de la laxa motivación en situaciones de despidos y disponibilidades), sin embargo, tienen un alto grado de aplicación actual, extremo que evidencia la carencia de análisis contextual e histórico por la mayoría de los operadores jurídicos y judiciales.
- La reseña normativa de los decretos leyes dictados durante la última dictadura cívico militar evidencia que han impactado en diversos aspectos del derecho público, ya sea en lo relativo a las restricciones a la propiedad (régimen de expropiaciones y Tribunal de Tasaciones de la Nación), al poder de policía estatal con la regulación de la actividad de las entidades financieras, al control del ejercicio de la abogacía en el ámbito de la Capital Federal y a las “leyes” para el personal de la Policía Federal Argentina, entre otros. También se han veri-

19 Cfr. Comadira, Julio Rodolfo, *Idem*. p. 300 y Gordillo, Agustín, Capítulo VIII “Objeto y Competencia del Acto Administrativo”, VIII-34, disponible en https://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf, entre muchos otros.

20 Cfr. Fernando Gabriel Comadira, “Primeras Reflexiones sobre la anulación, suspensión de oficio del Acto Administrativo estable y la acción de lesividad en ley nacional de procedimientos administrativos reformada por la ley de Bases”, Recuperado de: <https://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/bases-para-la-libertad-amarillo/2025-comadira.pdf> p. 477. En efecto, la CSJN ha señalado en más de una oportunidad que los contratos administrativos son verdaderos actos administrativos (CSJN, 06/09/1988, “Diarios y Noticias S.A. c/ Formosa, Provincia de s/ cobro de australes y devolución de equipos”, *Fallos*: 311:1791; CSJN, 07/03/1989, “Navone Spalding Sociedad de Hecho c/ Catamarca, Provincia de s/ cobro de australes”, *Fallos*: 312:282; CSJN, 27/04/1989, “Fortunato Arrufat SAIC. y F. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de australes”, *Fallos* 312:606) y, más específicamente, actos administrativos bilaterales (CSJN, 23/12/1976, “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación”, *Fallos*: 296:672; con nota de Marienhoff, Miguel S., “El acto administrativo bilateral y la Corte Suprema de Justicia. Lo atinente al contrato y al cuasicontrato administrativo”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, N° 61).

ficado normas de organización de la administración pública nacional y de atribución de competencias, como la Ley de Ministerios N° 22520.

Tabla N° 3.

N°	Año	Temática	Autos	Tomo y Folio	Holding	Citado en fallos posteriores
1	1976	Recurso de nulidad	Gómez Villafañe, Alvaro c/ Nación	294-33	Recurso de nulidad Las sentencias de la Corte Suprema no admiten acción, incidente ni recurso de nulidad.	Citado 115 veces: años 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025
2	19/02/1976	Acto administrativo	Nación c/ Alou Hnos.	249-69	Actos administrativos La presunción de legalidad de los actos administrativos, que es garantía de seguridad y estabilidad, sólo cede cuando la decisión adolece de vicios formales o sustanciales o ha sido dictada sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados. Corresponde declarar la nulidad del contrato celebrado por el Gobierno de la Nación (Ejército Argentino) si faltó el llamado a licitación previa, siendo indiferente que haya tenido principio de ejecución, porque al ser un procedimiento de orden público no puede omitirse el cumplimiento de las normas que lo reglamentan.	Citado una vez en 2025

3	26/02/1976	Acto administrativo	Ventura, Alberto Francisco Jaime y otra c/ Banco Central de la República Argentina	294-152	Si bien es propio del Poder Ejecutivo lo atinente al régimen cambiario y al Banco Central le corresponde su ejecución y fiscalización, según la normativa del decreto ley 13.126/57 y de la ley 20.539, arts. 38 y 40, la circular R. C. 539 impugnada en autos no se limitó a interferir en operaciones con divisas extranjeras sino que, bajo tal apariencia, afectó un contrato que tiene por objeto un servicio del transporte aéreo mediante el pago de un precio determinado en moneda de curso legal, siendo para el caso indiferente que en su fijación la empresa prestataria lo refiera a valores internacionales.	Citado por la CSJN en los años 2010, 2017, 2018 y 2024
4	21/05/1976	Constitución Nacional	Camusso Vda. de Marino, Amalia c/ Perkins S.A.	294-434	Constitución Nacional - Control de constitucionalidad Cuestionada la ley 20.695 por considerar que su aplicación viola la cosa juzgada y menoscaba las garantías constitucionales de la propiedad privada y de la defensa en juicio, no corresponde a la Corte juzgar acerca del acierto o conveniencia de la medida adoptada sino solamente pronunciarse sobre su razonabilidad en orden a los principios que determinan y rigen la autoridad de la cosa juzgada.	Citado dos veces (2016 y 2022)
5	29/06/1976	Autoridad administrativa	Colombres, Ignacio y otros c/ Nación	295-215	Autoridad administrativa Es deber esencial de toda autoridad administrativa velar por el interés público y, por ello, el poder jerárquico de que está investido el superior lleva en sí el de avocación respecto de los asuntos en que conocen los órganos administrativos inferiores.	Citado una vez en 2001: fallo: "S., V. c/ M., D. A. s/ medidas precautorias"

6	05/08/1976	Constitución Nacional	Baldini, Gabriela Javiera Rosario	302-35	Constitución Nacional - Control de constitucionalidad La declaración de inconstitucionalidad de una ley o de alguna de sus partes es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerada como una "última ratio" del orden jurídico, a la que no procede recurrir cuando, como en el caso, la base de la desigualdad que se señala estaría dada por la distinta naturaleza del vínculo con el causante de quien solicita una pensión.	Citado cinco veces (2019, 2020, 2021, 2024, 2025)
7	26/08/1976	Acción de amparo	Melo de Herrera, Helena Haydée c/ Nación	295-636	Acción de amparo. Trámite En materia de amparo no deben extremarse las exigencias formales referentes al fundamento del recurso extraordinario, máxime si se atiende a la naturaleza previsional de la cuestión planteada	Citado en 2021
8	31/08/1976	Igualdad	Aguinalde, Juan Julián	295-658	Constitución Nacional - Igualdad Debe desestimarse la pretensión del recurrente en el sentido que la resolución administrativa denegatoria del reajuste jubilatorio habría lesionado el derecho que consagra el art. 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto a igualdad de remuneración para igual tarea, ya que, además de debatirse en el caso sólo haberes de pasividad estado éste en el cual no opera el principio que se invoca cabe también ponderar que para la existencia de agravio a la igualdad genéricamente considerada, el trato no igualitario debe emanar del texto mismo de la norma y no de la interpretación que pueda haberle otorgado la autoridad encargada de aplicar	Citada doce veces (2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2023)

9	31/08/1976	Igualdad	Hernando, Higinio Agustín	295-694	La diferencia existente entre las situaciones anteriores y posteriores a la sanción de un nuevo régimen legal cual es el de la ley 18.037, con relación al de la ley 14.499 no configura agravio a la garantía de la igualdad, porque de lo contrario toda modificación legislativa importaría desconocerla.	Citada seis veces (2001, 2002, 2006, 2007, 2021)
10	09/09/1976	Igualdad	Aberg Cobo, Martín c/ Nación	295-755	Constitución Nacional - Igualdad El art. 5° de la ley 20.046 no es violatorio del principio de igualdad previsto en el art. 16 y de la protección a la familia contemplado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional.	Citada una vez (2021)
11	14/9/1976	Empleo público	Díaz Ortiz, Félix A. c/ Nación	295-806	Lo atinente a la política administrativa y a la ponderación de las aptitudes personales de los agentes no es materia justiciable, en tanto las medidas adoptadas por la Administración Pública a su respecto no impliquen medida disciplinaria o descalificación del agente; para el ejercicio de esas facultades ha de reconocerse a aquélla una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores y reglamentaciones en juego, en aras de lograr el buen servicio.	Citado en 2023
12	28/09/1976	Concesión	Ferrocarriles Argentinos c/ Arenera Zarateña y otros	295-1005	Concesión. Principios generales. El contrato de concesión de uso de bienes del Estado se refiere a bienes de su dominio público o afectados a un servicio público, lo cual los caracteriza como contratos administrativos regidos por el derecho público, con su consiguiente consecuencia precaria; distinto es el régimen aplicable a los contratos de arrendamientos que el Estado puede realizar con bienes de su dominio privado.	Citado en 2024

13	21/10/1976	Igualdad	Cooperativa de Seguros Productores de Frutas Argentinas	296-183	Constitución Nacional - Igualdad El agravio de haberse transgredido el principio constitucional de la igualdad por el diferente trato acordado a la Caja Nacional de Ahorro y Seguro respecto de la recurrente no es válido porque el hecho de que esa Caja no pague el impuesto interno no deriva de que lo traslade a los asegurados sino de que por ley está exenta del mismo; de lo que resulta que la situación no se relaciona con el problema planteado.	Citada tres veces (2017 y 2018)
14	26/10/1976	Error material en la sentencia	Rivero, Delisia Rosa	296-241	Los jueces deben determinar la verdad sustancial, pues sólo así se presta adecuado servicio a la justicia. De modo que ponderada la manifiesta contradicción que existe entre el fundamento de un fallo de la Corte y su decisorio corresponde corregir el evidente error material de copia, inadvertido en tiempo oportuno, en la parte dispositiva de la sentencia que según surge del borrador respectivo debía obviamente confirmar el fallo apelado y en cuya parte dispositiva se consignó lo contrario.	Citado cinco veces: 2017 (1), 2021 (1), 2022 (2), 2025 (1)
15	28/10/1976	Procedimiento administrativo	Astilleros Regnicoli S.A.I.C. c/ Administración Nacional de Aduanas	296-253	Aduana - Importación Debe revocarse el cargo por importación de motores fuera de borda si se dan en el caso, con holgura, condiciones análogas a las previstas por el decreto 604/70 (art. 2º) para considerar ejercido el derecho a la franquicia en tiempo, máxime si así se armoniza, dentro de pautas uniformes, el necesario régimen de transición para las exenciones que se derogaron a fin de dar vigencia exclusiva al nuevo sistema de derechos aduaneros y nomenclatura arancelaria.	Citado en 1996 y 2019

16	16/11/1976	Constitución Nacional	Ercoli, María Cristina	296-372	<p>Constitución Nacional</p> <p>Una correcta hermenéutica de los preceptos constitucionales indica que éstos y las leyes que los reglamentan debe interpretarse a la luz de las finalidades fundamentales del Preámbulo, entre las cuales se debe tener hoy especialmente en mira las de "consolidar la paz interior" y "proveer a la defensa común", dado el estado de conmoción interna desencadenado por grupos armados que mantienen en lucha represiva a las fuerzas de seguridad. Si bien, aún sobre tales pautas, suspender "sine die" el derecho de optar por salir del país pudo encontrar óbice constitucional en cuanto se considerase que ello implicaba una condena a prisión por tiempo indeterminado, lo que resultaría violatorio de la prohibición al Presidente de la República de aplicar penas y ejercer funciones judiciales, la sanción del Acta Institucional del 27 de octubre de 1976 y de la ley 21.448 importa un cambio sustancial de aquella situación.</p>	<p>Citado nueve veces (2001, 2015, 2018, 2019, 2021, 2024)</p>
17	23/11/1976	Constitución Nacional	Brizuela, Pablo César c/ S.A. Frigorífica Cía. Swift de La Plata		<p>Constitución Nacional</p> <p>La Constitución Nacional debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo al contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto.</p>	<p>Citado en 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025</p>
18	9/12/1976	Procedimiento administrativo	S.A. La Holando Sudamericana Compañía De Seguros V. Capitán Y/O Propietario Y/O Armador Buque "Cap. San Agustín"	296-576	<p>Aduana</p> <p>El art. 290 de las Ordenanzas de Aduana (ley 810) impone como requisito indispensable para la procedencia de la acción judicial en el caso, por daños a bultos depositados en almacenes fiscales el reclamo administrativo previo.</p>	<p>Citado en 2017</p>

19	23/12/1976	Acto administrativo	Metalmecánica S.A. c/ Nación	296-672	Derechos adquiridos Corresponde reconocer la existencia de derechos adquiridos no sólo en actos contractuales, sino también en actos administrativos, de estructura bilateral o unilateral, que puedan dar nacimiento a derechos subjetivos del administrado.	Sin citas
20	28/12/1976	Acción de amparo	Altos Hornos Güemes S.A.I.C. c/ Banco Nacional de Desarrollo	296-715	Amparo por mora de la administración No procede la acción de amparo por mora deducida contra el inferior jerárquico, si es el órgano superior el que debe decidir acerca de los recaudos exigibles para la procedencia de la queja y si concurren o no los presupuestos legales que hacen a la procedencia formal del recurso; máxime si al inferior no se le puede imputar omisión que justifique la vía del art. 28 de la ley 19.549.	Citado en 2021, 2022, 2023, 2024, 2025. Se repite en esta frase: Advierto que la presente contienda no se encuentra correctamente trabada, pues para ello resulta necesario que los tribunales intervinientes se atribuyan recíprocamente el conocimiento de la causa (<i>Fallos</i> : 296:715; 298:639; 304:342 y 15 72; 306:591 y 307:2139, entre otros) lo que no sucede en el caso, pues el juez federal de Rosario devolvió las actuaciones al magistrado de garantías de La Plata sin expedirse sobre la competencia.
21	28/06/1977	Acto administrativo	Cima, María Cristina c/ S.A. Télam	298-172	Actos administrativos Cuando el órgano de la administración ejercita una atribución determinada, debe contar con la aptitud legal para llevarla a cabo, pues ello hace a su propia competencia, elemento esencial en todo acto administrativo. Es válida la declaración de prescindibilidad hecha el 30 de diciembre de 1974 por una Sociedad Anónima de propiedad del Estado Nacional, con fundamento en la ley 20.713, que la autorizaba hasta el 31 de ese mes.	Citado una vez en 2016

22	30/06/1977	Acto administrativo	Industria Maderera Lanín S.R.L. c/ Nación	298-223	<p>Actos administrativos La circunstancia de que la administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.</p>	Citado una vez en 2021
23	05/10/1978	Procedimiento administrativo	Fundación Universidad de Belgrano	300-1070	<p>Procedimiento administrativo Aún cuando según la ley 19.549 los plazos administrativos se contarán por días hábiles administrativos y se computarán a partir del día siguiente al de la notificación, ellos, por aplicación supletoria del Código Civil, son continuos y completos y se extienden desde el momento en que finaliza el día de la notificación hasta la medianoche del día de su vencimiento; siendo en cambio limitadas las horas en que funcionan las respectivas oficinas; en atención a tales extremos resulta adecuado aplicar el art. 124 del Código Procesal, a tenor de lo dispuesto por el art. 111 decreto 1759/72, a fin de no privar al recurrente del lapso que queda a su favor entre la finalización del horario de oficina y la medianoche del vencimiento del plazo.</p>	Citado una vez en 2015

24	23/10/1979	Acto administrativo	Duperial S.A.I.C. c/ Nación	301-953	<p>Nulidad de actos administrativos De acuerdo con el art. 7º, inc. d), de la ley 19.549, es esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiera afectar derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, y ello debe ser cumplido antes que la Administración exprese su voluntad. No constituye violación a los procedimientos esenciales y sustanciales previstos que conlleven a la nulidad de la resolución que no fue precedida de dicho dictamen, si éste se expidió al ser exigido en oportunidad de interponerse el recurso jerárquico.</p>	Citado una vez en 2024
25	27/12/1979	Acto administrativo	Goñi Demarchi, Santos c/ Nación	301-1200	<p>Actos administrativos No adolece de falta de motivación la resolución que declaró prescindible a un diplomático, pues cumple con los recaudos exigidos por el art. 7º, inc. e) de la ley 19.549, al expresar las razones que indujeron a emitir el acto, tales la reorganización de los cuadros del Servicio Exterior de la Nación para dotarlo de una mayor funcionalidad, con fundamento en la ley 21.274 y el Acuerdo prestado por el Poder Ejecutivo Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el art. 5º del Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional.</p>	Citado dos veces 1995 y 2024 (citado en ambos fallos por la teoría de la subvención)

26	17/06/1980	Acto administrativo	Movimiento Scout Argentino c/ Nación Argentina	302-545	<p>Actos administrativos</p> <p>Si del reconocimiento de las partes y de las constancias del expediente administrativo que culminó con la resolución N° 3156/73 de la Inspección General de Personas Jurídicas que autorizó a funcionar con carácter de persona jurídica a la asociación "Movimiento Scout Argentino" resulta que, previo al dictado de dicha resolución, no se cumplió con la exigencia del art. 3° del decreto del 13 de noviembre de 1917 -autorización escrita de la Junta Ejecutiva de la "Asociación Nacional Boy Scouts Argentinos", actual Institución Nacional del Scoutismo Argentino, y teniendo en cuenta que aquel requisito de forma se debe a consideraciones que hacen a los intereses de la comunidad y al orden público administrativo, su omisión causa la nulidad absoluta e insanable del acto (arts. 7 y 14 de la ley 19.549). Se le quita la personería 3 años después por falta de un requisito de procedimiento.</p>	Citado una vez en 2018
27	23/07/1981	Acto administrativo	Ginart de Castex, Amelia	303-1029	<p>Actos administrativos</p> <p>El ámbito de revisión judicial de los actos administrativos sólo comprende salvo arbitrariedad manifiesta el control de su regularidad, y no el de la conveniencia o razonabilidad de las medidas que los funcionarios competentes hayan adoptado en ejercicio de las facultades de que se hallan investidos por normas cuya validez no ha sido objetada.</p>	Citado una vez en 2005

28	11/05/1982	Procedimiento administrativo	Odol S.A.I.C. c/ Nación Argentina	304-651	<p>Procedimiento administrativo</p> <p>El art. 10 de ley 19.549 exige la intervención activa del particular al obligarlo a requerir pronto despacho frente a la inactividad de la administración como condición para que se opere el silencio, pues si bien ésta se encuentra obligada a expedirse ante toda petición de los administrados, es dable requerir un mínimo de diligencia por parte de éstos, utilizando los recursos que las normas legales ponen a su disposición. En el caso, la actora no hizo uso de dichos remedios legales, consintiendo con su actitud la demora de la administración.</p>	Citado una vez en 2015
29	22/06/1982	Acto administrativo	Rodríguez Blanco de Serrao, I.C.	304-898	<p>Nulidad de actos administrativos</p> <p>La limitación que la segunda parte del art. 17 de la ley 19.549 establece respecto de la revocatoria en sede administrativa de actos de esa índole debe ser interpretada con carácter estricto, toda vez que su aplicación acarrea la subsistencia en el mundo jurídico de un acto viciado de nulidad absoluta hasta tanto se produzca la declaración judicial pertinente. En el caso avalaría su no aplicación el hecho del no cumplimiento de las prestaciones que "estuvieren en vía de cumplimiento" en tanto se suspendieron los efectos del acto inicial.</p>	<p>Si, 2018 y 2025.</p> <p>2018: "Talleres Navales Dársena Norte S.A.C.I.</p> <p>2025: "Estado Nacional c/ La Rioja, Provincia de s/ nulidad de acto administrativo", y N. s/ concurso preventivo".</p>

30	21/09/1982	Acto administrativo	Garibaldi, Juan Luis	304-1335	<p>Actos administrativos Si bien es incuestionable que el Poder Judicial se encuentra investido de la potestad de revisar los actos disciplinarios emanados de la Administración, también lo es que el ámbito posible de intervención de los magistrados sólo comprende, salvo el caso de arbitrariedad manifiesta, el control de su regularidad y no el de la conveniencia o razonabilidad de las medidas que los funcionarios competentes hayan adoptado en ejercicio de las facultades de que se hallan investidos por normas cuya validez no ha sido objetada.</p>	Citada dos veces (2005 y 2022)
31	01/03/1983	Constitución Nacional	Madala, Adolfo Daniel	307:09:00	<p>Constitución Nacional - Control de Constitucionalidad El alcance que el control judicial de los pronunciamientos jurisdiccionales de órganos administrativos necesita poseer para que sea legítimo tenerlo por verdaderamente suficiente, no depende de reglas generales u omnicomprensivas, sino que ha de ser más o menos extenso y profundo según las modalidades de cada situación jurídica; pues la mera facultad de deducir recurso extraordinario basado en inconstitucionalidad o arbitrariedad no satisface las exigencias que en la especie han de tenerse por imperativas. Si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha, como lo hace la norma procesal que el recurrente tacha de inválida, existe agravio constitucional originado en privación de justicia.</p>	Citada una vez (2008)

32	03/03/1983	Procedimiento administrativo	Peña de Tuero, Magdalena c/ Nación Argentina	305-171	Procedimiento administrativo Si bien en la organización administrativa, el instituto de la avocación es procedente siempre, a menos que una norma expresa disponga lo contrario (art. 3º, ley 19.549), para su funcionamiento es menester que exista subordinación jerárquica respecto al órgano que pretende ejercer la competencia atribuida a otro (Voto de los Dres. César Black y Carlos A. Renom).	No está citado por la CSJN, pero lo cita mucho la doctrina administrativista
33	28/06/1983	Constitución Nacional	Martinoli, José Manuel suc. c/ Municipalidad de Córdoba	305-831	Constitución Nacional La Constitución Nacional no consagra derechos absolutos, insusceptibles de razonable reglamentación, dependiendo la racionalidad de ésta de su adecuación al fin perseguido, no siendo pasible de tacha constitucional en tanto no tenga base en una iniquidad manifiesta.	Citado nueve veces (2013, 2015, 2017, 2018, 2020, 2021)

34	22/09/1983	Acción de amparo	Invernizzi, Hernán César	305-1453	<p>Que en orden al primer tema - nulidad- el Tribunal estima que la mencionada nota de fs. 10 no cumple el recaudo exigido por el art. 89 de la ley 16.986. Ello así, en primer lugar, porque es de fecha anterior a la deducción del amparo y ajena, por ende, a la litis que se intenta trabar en autos; y, en segundo término, pues dicha nota no configura “un informe circunstanciado acerca de los fundamentos y antecedentes de la medida impugnada” en los términos de aquella norma. Aparte del interés del recurrente concurre en el caso la propia defensa del órgano demandado a quien debe otorgarse posibilidad de exponer cuanto crea necesario, objeto que no se satisface con aquella misiva que por su finalidad y destinatario no la hacen adecuada a la oportunidad que la ley establece en su beneficio, y cuya misión configura causal de nulidad. Los informes producidos a fs. 106, 107 vta. y 114 tampoco suplen el referido requisito ya que fueron solicitados en esta instancia sólo para una mejor apreciación del caso a los efectos de resolver el recurso extraordinario articulado, pero que por la limitación del requerimiento no brindaba la oportunidad suficiente que establece la regulación legal del amparo.</p>	Citado tres veces, 2017, 2022 y 2023
35	1983	Acto administrativo	Martínez de Sucre, Virgilio J. L. c/ Nación Argentina	305-209	<p>Cesantía – Empleados públicos Si bien el art. 1º del decreto 591/74, reglamentario de la ley 20.713, prevé que a los efectos de fundar la baja del personal en razones de servicio, bastará su mención, ello no importa contrariar la necesidad de fundamento que impone el art. 7º, inc. c), de la ley 19.549, ya que ese recaudo esencial del acto administrativo no puede desvincularse de la amplitud de facultades ejercidas y que autorizan se haga sólo referencia a los motivos del acto, lo que es irrevisable en sede judicial.</p>	Citado una vez en 2012

Fuente: elaboración propia.

Referencias bibliográficas

- Dalla Vía, Alberto R. (2008). Los sistemas electorales en la Argentina. En *LA LEY 2008-A, 1 Derecho Constitucional-Doctrinas Esenciales* (tomo II), p. 131.
- Diana, Nicolás (2013). La fuerza de las palabras o las palabras de la Fuerza, en Gordillo, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Tomo 7, *El derecho administrativo en la práctica*. Dirección: Marcelo A. Bruno dos Santos, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2013, Sección 1, La Realidad Semántica, Capítulo V.
- Gelli, María Angélica (2004). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada* (2a Edición). Buenos Aires: La Ley.
- Mairal, Héctor (2010) *¿Uno o dos derechos administrativos?* Publicado en La Ley, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 aniversario, pp. 1-8.
- Ramella, Pablo (1966). Los Decretos-leyes y la situación constitucional de la República Argentina. *Revista de Estudios Políticos* (147).
- Santaolalla López, Fernando (2013). El debate Parlamentario y el Uso de la Palabra. *Revista de Derecho Político* (86).

“Hay una juventud, a contramano de lo que dicen muchos, que sueña con un país más justo, más solidario”

Entrevista a Estela de Carlotto



*Martín Cormick**

Hablar de Estela de Carlotto en nuestro país no requiere de ningún tipo de presentación, así que, más allá de los datos básicos, su nacimiento en 1930 que la deja a las puertas del centenario, pero con más años de lucha en Abuelas que los vividos previamente, su cariño por Estudiantes de la Plata (imposible que este cronista no lo apunte), nos queda toda esta vida, la que, sin preparación ni “previa” alguna, tuvo que iniciar hace ya casi medio siglo.

Abuelas se inicia en 1977, meses después de la creación de Madres de Plaza de Mayo, cuando varias de esas madres se dieron cuenta de que también debían buscar a sus nietos que fueron naciendo, además de a sus hijos e hijas; entonces empezaron a reunirse para buscarlos. Estela se integra en 1978, luego de que le entregaran el cuerpo sin vida de su hija Laura, que había dado a luz en cautiverio. Es a partir de ese “antes y después” que su vida fue Abuelas. Cuenta que

Mis compañeras y yo entendimos que juntas, codo a codo, teníamos más fuerza que cada una por su lado, en grupo podíamos hacer que nos escuchen, nuestra voz sonaba más fuerte, y vaya si tuvimos razón, solas no hubiéramos logrado nada, y fue la manera, además, de sobreponernos al dolor, la lucha colectiva.

* Revista Ab (UNPAZ).

Ese nuevo rol de militante social, de reclamo ante la autoridad, que hubo que aprender a los golpes (los emocionales y los físicos), se fue aprendiendo a medida que se enfrentaban a los obstáculos. La última dictadura inauguró en nuestro país delitos tan aberrantes como inéditos, entre los que debemos incluir la apropiación de bebés. Cuenta Estela que

La apropiación de bebés por razones políticas, una práctica sistemática y generalizada durante la última dictadura, era un crimen inédito, no había ningún libro que nos dijera qué había que hacer. Primero pensamos que nuestros hijos e hijas iban a volver; luego pensamos lo mismo sobre nuestros nietos, pero pasó el tiempo y nos dimos cuenta que eso no iba a pasar, y mientras tanto nuestros nietos fueron creciendo.

Y ahí surgen nuevos desafíos: el primero, cómo reconocerlos e identificarlos si eran encontrados.

Así fue que acudimos a la ciencia y nos ayudaron, más tarde logramos la creación de un banco genético oficial para que nosotras y nuestras familias dejemos allí muestras de sangre, para comparar con la de nuestros posibles nietos, y luego logramos avances en materia de legislación en ese sentido.

La organización fue desarrollando su camino, y en el regreso de la democracia en 1983, el reclamo se pudo canalizar de otra manera, aunque no sin idas y vueltas. Recuerda Estela que

El primer día hábil de la democracia nos encontró en los tribunales, reclamando por nuestras nietas y nietos, con la esperanza, una vez caída la dictadura, de encontrarlos rápidamente a todos. No fue así, pero como dije, conseguimos avances. El Juicio a las Juntas, en donde varias Abuelas prestamos testimonio, fue importantísimo, así como las leyes de Obediencia Debida y Punto Final significaron retrocesos, pero en medio de esa impunidad, los casos de apropiación de niños quedaron afuera, y por ese resquicio seguimos luchando por justicia, hasta que ya en los 2000 cayeron las leyes y se pudieron retomar los juicios, que continúan hasta hoy.

A la hora de pensar en el tiempo transcurrido, Estela reflexiona: “La democracia, siempre repito, se construye día a día, y en estos más de 40 años, el período democrático más largo de la historia argentina, hemos tenido avances como sociedad, aunque es evidente que todavía falta mucho”. Enfocándose en el presente rabioso, entiende que “Las enormes movilizaciones que se dieron a 50 años del golpe dan cuenta del compromiso de la sociedad con la memoria, la verdad y la justicia”. Cuando escucha cierto cambio de rumbo ideológico de los jóvenes, refuta sosteniendo que

Hay una juventud, a contramano de lo que dicen muchos, que sueña con un país más justo, más solidario, y es responsabilidad de las generaciones más grandes transmitir esas banderas de justicia social. A nosotras nos transformaron nuestras hijas e hijos, nos abrieron los ojos a muchas injusticias, y porque luchaban por una patria más justa, libre y soberana los desaparecieron, una patria en la que todos tuviéramos lugar, una patria grande, y nosotras hemos luchado para mantener viva la memoria de los 30 mil desaparecidos, y en ese sentido sentimos que hemos cumplido, y en nuestro caso, como Abuelas de Plaza de Mayo, lógicamente debemos referirnos a nuestro mayor orgullo: las 140 identidades que logramos restituir, 140 identidades que el terrorismo de Estado quiso borrar y no pudo.

Si bien el número emociona, porque cada identidad restituida es un triunfo en sí, Estela recuerda que

Todavía faltan muchos nietos y nietas por restituir, calculamos que 300, y junto con ellos están sus hijos e hijas, es decir los bisnietos de las Abuelas, que, hasta tanto sus padres no resuelvan su identidad, ellos también verán vulnerada la suya, porque la apropiación se trasmite de generación en generación y cesa con la verdad. Quedamos dos Abuelas, Buscarita Roa y yo, ambas por suerte hemos encontrado a nuestros nietos, por lo que el trabajo de búsqueda ya está a cargo de una generación más joven, compuesta por nietas y nietos restituidos, hermanos que buscan a sus hermanos desaparecidos, tíos y tías que buscan a sus sobrinos, así que estamos tranquilas, la búsqueda está garantizada.

Ese transvasamiento generacional permite pensar en que la lucha por el derecho a la identidad de esos 300 nietos (y, como enseña Estela, de sus bisnietos que fueron naciendo) seguirá por muchos años.

Abuelas cumple 50 años en 2027; cada noticia de una restitución de identidad es una gran caricia al alma, en la que encontramos un sentido aquellos que estudiamos y hacemos derecho. Que no se haya apagado su llama, su búsqueda, es motivo de celebración.