

# FILOCAM

ENERO 2023

LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE  
FILOSOFÍA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE  
ABOGADOS DE MORÓN

VOLUMEN XXIX

Colegio de Abogados de Morón  
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega  
Director: Cristian Callegari  
Director adjunto: Osvaldo Nan  
Co- directores: Adrián Cetrángolo  
Secretario: Martín Aldax  
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM  
Director  
Jefa de Redacción y Coordinación General

Martín Aldax  
Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción

Cristian E. Callegari - Osvaldo Nan

Staff permanente

Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena -  
Mariana Kaul - Mariela Blanco - Mariana Rozenhauz -  
Luciana Sofía Frega - Claudia Basiliz - Gustavo Baellia -  
Héctor Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio Navarro  
- Francisco Callegari - María Eugenia Cavallo - Pedro  
Janevic - Olga Mater - Marcela Leal - Carlos Birocco -  
Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela Ferrise - Pablo  
Fernandez Steffe - Carolina Guerfell de Grenalfe - Jorge  
Oscar Rossi - Gonzalo Rodríguez Naon - Paloma Gazzano  
- Alberto Farinati - Max Molina - Patricia A. Cozzo  
Villafañe

Arte de tapa

Wesley Tingey- Juana Illia

---

# S U M A R I O

---

|                                                                                                                                                                                             |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Presentación Filocam Volumen XXIX .....                                                                                                                                                     | 4  |
| No podemos ser tan crédulos <i>Cristian Callegari</i> .....                                                                                                                                 | 5  |
| De igualdad, diversidad, deconstrucción, canciones, y otras yerbas<br><i>Mariana Kaul</i> .....                                                                                             | 7  |
| Fundamentos lusfilosóficos de los Derechos Culturales <i>Rubén Marcelo<br/>Garate</i> .....                                                                                                 | 11 |
| Una mirada (escéptica) sobre el principio de reparación plena <i>Jorge Oscar<br/>Rossi</i> .....                                                                                            | 25 |
| Lawfare, ese viejo fantasma sin reposo, que recorre Latinoamérica<br><i>Osvaldo Nan</i> .....                                                                                               | 43 |
| Medidas adoptadas por los estados y la suscripción de tratados contra la<br>corrupción de servidores públicos. Impacto en el derecho tributario<br><i>Patricia A. Cozzo Villafañe</i> ..... | 65 |

## Presentación Filocam Volumen XXIX



[Presentación FILOCAM Volumen XXIX](#)

# No podemos ser tan crédulos



*Cristian Callegari<sup>1</sup>*

Hemos presenciado a mediados de enero la explosión mediática que causara la sessions 53 del joven productor musical Bzrp con la cantante colombiana Shakira, y esto ha generado diversos debates.

Esta gran puesta en escena nos interpela en varios sentidos: ¿es un acto espontáneo de despecho, de odio o de amor hacia su exmarido Gerard Pique?, ¿es un montaje con fines publicitarios y económicos, en fin, una nueva fake news?, ¿necesitan las mujeres identificarse con Shakira y ceder ante la tentación de que sea ella quien les dé voz a quienes no la tienen?, ¿quién se beneficia con ese tema?

Nos resulta inevitable la duda, ya que el tema musical, los videos, los reels, los tick tock, las marcas de automóviles y de relojes involucradas, sumados al tratamiento de los medios de comunicación masiva, indican el evidente fin comercial.

Los medios de comunicación reciben la falsa información, al menos desde mi pensamiento, y continúan opinando, debatiendo y narcotizando a la sociedad con esta nimiedad. De ese modo, se controla nuestro pensamiento, se toman posiciones sobre falsos conflictos y se debate, se discute, todo sobre un montaje editado, como si fuera la verdad.

---

<sup>1</sup> Cristian Callegari, es abogado y procurador (UBA), fue vicepresidente 1ero. del CAM (2006/2008), fue consejero del CAM (2006/2014), es director de la Caja de la Abogacía (2018/2026), es revisor de cuentas y miembro del consejo directivo de la AAT, asambleísta en el CPACF, diplomado en Filosofía jurídica y función judicial (CEJ/USI), además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, y es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón, además de un dirigente colegial desde hace más de treinta años.

En este caso, todo es tan obvio, tan trivial, tan escandalosamente falso, pero nos es útil para repensar cómo nos dirigen con cuestiones menos claras, mejor planteadas, cómo nos sacan de los temas realmente importantes y nos conducen a pensamientos montados en falsas premisas y desde allí nos inyectan informaciones con el único objetivo de distraernos y sacarnos de nuestro eje.

Esta cuestión, incluso nos dirige de un modo tan trivial que el mismo texto de la canción nos dice que lo hace para ganar dinero, ella dice que ya no llora, que sólo “factura”. Por eso pido, que no compremos, y que no compremos nada, sin pensar, sin cuestionar.

Detenernos a analizar la conducta de dos personas tan expuestas, millonarias, tomar partido por ellas, es tan fatuo, tan alejado de la realidad, que no nos podemos permitir caer en esa trampa que nos quita criticidad y nos aleja de lo tangible.

Con estas ficciones nos deshumanizamos, vivimos a través de los montajes que nos conducen, nos guían, nos distraen y nos gobiernan alejándonos de los acontecimientos que se suscitan día tras día, con la consecuente información, adulterada e interpretada, para luego ser puesta en escena, con un frenesí y un tratamiento que nos invade desde los medios de comunicación, tanto que nos resulta imposible procesarla y la repetimos conforme al lado del hiato en que eventualmente nos encontremos.

Ya en otra editorial afirmé que: “creemos que somos artífices de nuestro destino, cuando en realidad somos borregos que corremos detrás del miedo, la vanidad, el consumo y el poder”. Lo sigo sosteniendo, por eso no podemos ser tan crédulos.

# De igualdad, diversidad, deconstrucción, canciones, y otras yerbas.



*Mariana Kauf<sup>1</sup>*

En las casas en construcción o refacción hay desorden. Es imposible que el polvo no se cuele por lugares donde no queremos que esté. O que momentáneamente debamos tener muebles en sitios en donde estorban. Hay quienes gozan de ese instante de caos pensando en cómo quedará el lugar cuando todo esté terminado.

Entiendo que es esta la mejor metáfora que representa la canción de Shakira en colaboración con Bizarrap dedicada a su ex pareja.

La primera reflexión que me inspira es la facilidad con la que en general se opina del otro.

En una sociedad y en un mundo donde se reclama en forma permanente respeto, hay determinadas opiniones que parecen no estar en consonancia con ese respeto reclamado.

Y mucho menos cuando hablamos del respeto por las diversidades.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>2</sup> afirma que todos somos iguales ante la ley y tenemos los mismos derechos. Sin

---

<sup>1</sup> Abogada UBA, Ex docente de Derecho de Familia UBA, Magister en Derecho Civil Universidad Austral, Defensora Oficial a cargo de la UFD N° 6 del Departamento Judicial de Morón.

<sup>2</sup><https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights#:~:text=Elaborada por representantes de todas, todos los pueblos y naciones.>

embargo, en la vida cotidiana existen situaciones de desigualdad y discriminación.

¿Por qué molesta tanto la canción en cuestión? Tal vez por no tiene la poesía de “Flowers” de Miley Cyrus<sup>3</sup>, o porque se lanzó en forma espectacular en comparación como canciones como “Rata de 2 patas”<sup>4</sup> de Paquita la del Barrio o “Que le den candela”<sup>5</sup> de Celia Cruz.

Todas estas son expresiones de cultura. Diversas entre sí.

Como reconoce la Declaración universal sobre la diversidad cultural<sup>6</sup> en su artículo 1 *“la cultura toma diversas formas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de identidades que caracterizan los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, innovación y creatividad, la diversidad cultural es, para el género humano, tan necesaria como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye patrimonio común de la humanidad y debe reconocerse y consolidarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras.”*

Por eso *“en nuestras sociedades cada vez más diversificadas, resulta indispensable garantizar la interacción armónica entre personas y grupos con identidades culturales plurales, variadas y dinámicas, así como la voluntad de convivir. Las políticas que favorecen la inclusión y la participación de todos los ciudadanos garantizan la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz. Definido de esta manera, el pluralismo cultural constituye la*

---

<sup>3</sup><https://www.billboard.com/espanol/musica/miley-cyrus-flowers-letra-espanol-1235202559/>

<sup>4</sup><https://www.letras.com/paquita-la-del-barrio/668922/>

<sup>5</sup><https://www.letras.com/celia-cruz/611512/>

<sup>6</sup><https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/universal-declaration-cultural-diversity>

*respuesta política a la realidad de la diversidad cultural. Inseparable de un contexto democrático, el pluralismo cultural propicia los intercambios culturales y el desarrollo de capacidades creativas que soportan la vida pública.”<sup>7</sup>*

Por otro lado, me pregunto ¿qué significa entonces la igualdad? ¿Sólo el mandato constitucional y/o convencional que impide dar un trato diferenciado a quienes se encuentran en situaciones de igualdad y buscando un resultado que menoscabe el ejercicio de un derecho?

Realmente, ¿tenemos tanto derecho a opinar, juzgar y sentenciar qué está bien o qué está mal?

En algún lugar siento y entiendo que desde la moral de la reina Isabel “la Católica” que no sólo le perdonó a su rey Fernando los hijos extramatrimoniales que tuvo, encarcelamos nuevamente a Juana por reclamarle a Felipe sus infidelidades y la volvemos a llamar “La Loca”.

Aceptamos que El Chaqueño Palavecino cante “*Te llevé, sin preguntarte ni tu nombre/con mi brazo encadenado a tu cintura/asalté tu intimidad y tu ternura/para amar, sin más razones que el amor*” (Amor Salvaje) y no que Shakira cante “*Perdón, ya cogí otro avión/Aquí no vuelvo/No quiero otra decepción/Tanto que te las dabas de campeón/Y cuando te necesitaba/Diste tu peor versión*”.

¿Estamos tan comercializados que sólo reparamos en que la canción dice Cambiaste un Ferrari por un Twingo/Cambiaste un Rolex por un Casio? Y pensamos en que esas marcas la van a demandar o que está todo arreglado, sin terceras, cuartas o la cantidad de opciones que se nos puedan imaginar.

---

<sup>7</sup>. Artículo 2 De diversidad cultural a pluralismo cultural de la Declaración universal sobre la diversidad cultural

Y si no implica variedad de opciones no sé qué puede significar diversidad. La diversidad no es fácil de asir y por ello el poder le teme. Porque es más fácil arriar/transportar lo que es igual.

Aceptar la diversidad implica desestructurar reglas que traemos impuestas desde una estructura social que hoy ajusta y hace doler. No será fácil como lo demuestran diversos informes de la ONU.<sup>8</sup>

Porque la deconstrucción, como una cuña, se mete en el río del pasado y del futuro con un presente con carácter analítico, enmarcado en una comprensión muy profunda de su objeto de estudio para reinventar las estructuras institucionales y los modelos sociales establecidos hasta lograr su transformación revolucionaria, luchando en consecuencia contra las hegemonías y las distintas formas de poder.

Y el poder, que no quiere ser depuesto, quema a las brujas en la hoguera, o las encierra en las torres. O dice que están locas.

---

<sup>8</sup><https://www.telam.com.ar/notas/202207/598408-paridad-genero-132-anios.html>

<https://agenda2030lac.org/es/ods/5-igualdad-de-genero>

# Fundamentos Iusfilosóficos de los Derechos Culturales

*Los Derechos Culturales como parte de los Derechos Humanos fundamentales*



*Rubén Marcelo Garate<sup>1</sup>*

## Introducción

Uno de nuestros objetivos es entender los fundamentos iusfilosóficos que sustenta la protección de los bienes culturales.

Se han plasmado en las distintas Convenciones Internacionales, que han tenido su recepción en las leyes de carácter nacional sobre el tema en cuestión.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que el Estado en sus distintos estamentos, realiza concretamente una gestión de estos bienes culturales, que es preciso evaluar teniendo en cuenta la normativa internacional, a fin de establecer la eficacia de los principios e instrumentos políticos, que se aplican en la gestión ambiental, si se pretende determinar la protección del patrimonio cultural.

---

<sup>1</sup> Prof. En Filosofía y Cs. De la Educación, Abogado, Doctor en Derecho. Investigador en formación en el área "Democracia, Constitución y Procedimiento", integrante del Proyecto por UNLP "Relación Cultura-Desarrollo con eje en el Derecho a la cultura, los bienes, actividades y productos culturales, asociados al territorio". CONTACTO: garate@jursoc.unlp.edu.ar.

Los estándares de protección que establece el Derecho Ambiental de manera genérica, deban ser aplicados expresamente a lo Urbano-Ambiental, y en particular al Patrimonio Cultural.

En la práctica, los mismos no siempre son tenidos en cuenta, especialmente en el orden local (Municipal) al tiempo de dictarse normas específicas e implementarse políticas en esta área.

En este sentido, es importante tener en cuenta la forma de recepción en las constituciones europeas y latinoamericanas, sobre la protección patrimonial que cada Estado debe brindar sobre los bienes culturales.

### **Los Derechos Culturales para el Ordenamiento Jurídico Argentino**

En nuestro ordenamiento debemos poner énfasis en que la Constitución Nacional, ha incorporado los principios generales emanados de las normas rectoras a nivel global, dándole carácter de derecho colectivo y ubicándolo de manera que su fuente torna relevante, pues esta categoría de derechos ha dado lugar a una rama de la ciencia jurídica de importante desarrollo en derecho comparado conocida como constitucionalismo cultural y que hoy tiene su proyección específica en el ambientalismo.

Esto trae aparejado la necesidad de hacer efectiva la protección legal, esto no hace otra cosa que validar la obligación por parte del Estado de ejercer una tutela judicial sobre estos aspectos. Este es uno de los grandes desafíos, toda vez que nuestro país requiere normas que completen y complementen la incorporación constitucional de este “nuevo derecho”. Sobre todo, porque la recepción de este nuevo derecho al patrimonio ambiental – cultural vino a impactar un ordenamiento

preexistente. Resulta entonces lógico pensar que esto pudiera provocar, contradicciones, redundancias con algunas de las normas existentes y en algún caso lagunas e inconsistencias de cualquier tipo, producto de la ausencia de sistematización y armonía normativa. Imprescindible en este caso, ya que su ausencia conduce inexorablemente a la desprotección de los bienes que conforman nuestra Cultura.

El mismo texto constitucional, establece que corresponde a la Nación dictar normas que contengan presupuestos mínimos de protección. El art. 75 inc. 22 establece que corresponde al Congreso *“dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales...”*; y el inc. 23 agrega: *“...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen... el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por ésta Constitución y por los tratados internacionales...”*.

Frente a la protección de los Bienes Culturales, cabe tener presente que la noción conceptual superó la referencia original al monumento y obra de arte como objeto de tutela, para llegar a abarcar una pluralidad y diversidad de elementos<sup>2</sup>, alcanzando derechos fundamentales, el sistema de valores y tradiciones de la comunidad, que caracterizan a cada pueblo, de ahí , la necesidad de poner en valor los bienes identitarios que requieren un marco jurídico que articule la protección de la identidad cultural, para su efectiva tutela.

---

<sup>2</sup> Zendri, L. La protección del patrimonio cultural de Argentina. De la legislación patrimonial a la consagración de un nuevo derecho. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2017. Nº 16 (Temas relativos al desarrollo regional y local) Págs. 40- 55.

Debe recordarse que la cuestión ambiental, se encuentra consagrada como derecho al ambiente en el art. 41 de la CN, que incorpora conjuntamente la preservación de la naturaleza, la explotación racional de recursos naturales y culturales, la preservación del patrimonio y la identidad cultural.

Cada pueblo tiene bienes que lo identifican, esto permite que trabajemos con una noción amplia y variable que plasma en numerosos de regímenes jurídicos, conforme cada tipo de objeto. La ley 25197<sup>3</sup> crea el Registro Único de Bienes Culturales, tiene como mérito en su art. 2, contener un extenso listado, a modo de identificar cuáles son estos bienes.

La norma nacional, recepta entre los llamados “Derechos humanos fundamentales” desde la incorporación del art. 43 de la CN, dejando en claro que el vocablo ambiente no circunscribe al entorno físico y elementos naturales sino que añade los que el hombre crea y pueden ser calificados como culturales, haciendo que la cuestión patrimonial, como la ambiental, supere el concepto de derechos subjetivos delineados en la primera generación de derechos, los cuales solo protegían intereses puramente individuales, extendiendo el concepto de los “Derecho humano fundamental” e incluyendo a la acción de amparo como vía para protegerlos, y mostrando la dimensión colectiva que también ha asumido.

### **La particularidad de los Derechos Culturales**

Los derechos culturales, en la óptica desde la cual los analizamos, como así también los derechos referidos al ambiente son de naturaleza colectiva. Sobre todo, si tenemos en cuenta la obligación del Estado frente

---

<sup>3</sup>Ley 25.197, B.O. del 15/12/1999 (ADLA 1999-D, 4283)

a toda la sociedad y frente a los individuos, que comparten esos mismos derechos. Porque las personas se relacionan inexorablemente con estos bienes y servicios. Pensemos, por ejemplo, en la educación como forma de transmisión de estos bienes culturales, ejerciendo una función eminentemente social, en tanto que garantiza la relación con la cultura y el disfrute de este tipo de bienes. En consecuencia, no podemos dejar de reconocer la incidencia social de los bienes culturales, dado que existe un interés comunitario en garantizar su uso y disfrute. En este sentido, cabe señalar que la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente en Estocolmo 1972 en su declaración de principios, resaltó la importancia del entorno histórico, cultural, económico-social y político en que se desenvuelve cada nación.

No podemos dejar de resaltar la finalidad de los derechos culturales, los cuales independiente de la definición que se pretenda, protegen además de la cultura y el progreso intelectual en general, la identidad y la misma dignidad de los individuos, como así también los de la sociedad en su conjunto. No por nada el art. 75 inc. 17 impone al Congreso el deber de *“reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, “garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural”* y el inc. 19 faculta al órgano legislativo a *“dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural”*.

### **Algunas digresiones sobre la actividad jurisdiccional**

Cuando pensamos en los valores y en el sistema normativo argentino no podemos menos que pensar en lo establecido por el Código Civil y Comercial. Desde su inicio, el artículo primero nos habla de la

pluralidad de fuentes. Esto, nos lleva a que comprendamos, que la ley, solo es una parte del Derecho, y que esta debe ser leída en relación a lo establecido, por la Constitución, las Convenciones Internacionales, la costumbre, como así también la jurisprudencia y la doctrina, indispensables a la hora de interpretar. Antes de la reforma, se pensaba que la coherencia del ordenamiento jurídico, dependía del legislador, en la actualidad con un sistema plural de fuentes, la actividad del intérprete resulta fundamental. Sobre todo, porque esto permite la construcción del sistema jurídico a partir del caso. Siendo el dato fáctico, el que nos lleva a determinar la norma aplicable. Esta actividad ya forma parte de nuestra cultura jurídica, porque debemos tener en cuenta aquellas fuentes del sistema que son necesarias para sostener y argumentar una tópica. Tomando en cuenta la actividad interpretativa, el artículo segundo, reconoce la importancia que tienen los valores jurídicos. Asimismo, el Código establece la función complementaria de los principios y derechos contenido en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que sientan las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el propio sistema.

El Código nos dice que la característica esencial de la decisión judicial es su razonabilidad, posibilitando de esta forma el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad sobre la actividad jurisdiccional. La legitimidad de la de la sentencia, puede ser examinado a partir de los argumentos esgrimidos. Tengamos en cuenta que la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia, propugna la crítica a las resoluciones judiciales que carecen de una argumentación razonada. Como bien ha dicho Carlos Cossio, la vida social tiene una exigencia de justicia, que nada tiene que ver con abstracciones, sino con la buena administración del derecho.

Los principios jurídicos que surgen a partir del Derecho Convencional exigen ser aplicados, por el juez en sus decisiones, a fin de lograr cierta corrección. Su utilización sirve para valorar el conflicto social y justificar el acto jurisdiccional. La construcción del razonamiento judicial se apoya en una fundamentación lógica y axiológica de las normas, que permite la contextualización de la conducta<sup>4</sup>.

La Teoría Egología, no solo nos permite entender la importancia de los principios como criterios axiológicos de la decisión jurídica, sino también a contextualizar los nuevos paradigmas convencionales. Cuando se pretende garantizar derechos culturales y/o ambientales, necesariamente requiere partir de la situación concreta y específica, en las acciones o inacciones del Estado, de las organizaciones o de los individuos, quienes resultan ser parte del conflicto, no solo porque pueden generarlo, sino también porque pueden ser parte de la solución. Bajo este objetivo, resulta importante el trabajo interdisciplinario, cuando se trata de asegurar derechos culturales dada la especialidad de cada uno de los temas. Teniendo en cuenta, que se debe apuntalar lo que sea estrictamente necesario, con la finalidad de orientar la toma de decisiones.

### La jurisprudencia en la materia

Todo lo dicho encuentra sustento el fallo de la Corte en la causa entre Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR) y Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (EDESUR)<sup>5</sup> promueven acción declarativa de certeza, en los términos del arto 322 del

---

<sup>4</sup> Cueto Rúa Julio. Fuentes del Derecho. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 1994. Pág., 126.

<sup>5</sup> CSJ 380/2003 (39-E) /CS1 ORIGINARIO e s/ acción Edenor S.A. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de las resoluciones 1118/02, 618/03 Y 964/03, dictadas por la Secretaría de Política Ambiental (SPA) de esa Provincia, en cuanto establecen el régimen atinente al uso en su territorio de los bifenilospoliclorados, denominados PCBs (sustancias químicas utilizadas para mejorar los fluidos refrigerantes de los transformadores de tensión eléctrica, a las que se . atribuyen consecuencias negativas para la salud). Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR) y Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (EDESUR) promueven acción declarativa de certeza, en los términos del arto 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), contra la Provincia de Buenos Aires a fin de obtener que se declare la inconstitucionalidad de las resoluciones 1118/02, 618/03 Y 964/03, dictadas por la Secretaría de Política Ambiental (SPA) de esa Provincia, en cuanto establecen el régimen atinente al uso en su territorio de los bifenilospoliclorados, denominados PCBs (sustancias químicas utilizadas por las actoras para mejorar los fluidos refrigerantes de los transformadores de tensión eléctrica, a las que se . atribuyen consecuencias negativas para la salud).

El tema a decidir consiste en determinar si en el diseño federal consagrado por el texto constitucional argentino, la Provincia de Buenos Aires tiene la potestad de adoptar las resoluciones SPA 1118/02 y sus modificatorias SPA 618/03 y SPA 964/03<sup>6</sup> a la luz de lo establecido por la ley 25.670 -de presupuestos mínimos de protección ambiental para la

---

<sup>6</sup> Subsecretaría de Política Ambiental RESIDUOS PELIGROSOS - PCB's Resolución (SPA) 618/03. Del 5/6/2003. PCB's. Modifícase el artículo 14 de la Resolución N.º 1118/02 de la ex-Secretaría de Política Ambiental.

gestión de los PCBs en todo el territorio de la Nación- y de las facultades que en materia de energía eléctrica posee la Nación.

La Corte ha dicho respecto del federalismo argentino, al que ha considerado como “un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento”, por lo que “el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado como una interacción articulada” (“La Pampa, Provincia de”, Fallos: 340:1695, considerando 6° ); “ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de aquel fin; no debe verse aquí enfrentamientos de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes” (Fallos: 330:4564, considerando 11 in fine, Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862; 327:5012, entre otros).

A la luz de la “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva” instrumentada por la llamada cláusula jurisdiccional ambiental del artículo 41, tercer párrafo de la Ley Suprema, corresponde al Estado Nacional la regulación del “nivel básico” y a la autoridad local –en este caso la Provincia de Buenos Aires- la regulación de un “nivel complementario” de protección ambiental que considere conducente para el bienestar de la comunidad que gobierna, a condición de no resultar incompatible con el fin nacional perseguido (Fallos: 318:2374), y de satisfacer el test de razonabilidad –que implica relacionar adecuadamente medios y finalidad- propio de toda reglamentación (Fallos: 338:1183).

En lo que refiere al programa de eliminación o descontaminación de los aparatos que contengan PCBs, ambas normativas coinciden en fijar el objetivo en el año 2010. La legislación nacional establece que en tal tope temporal no queden en todo el territorio de la Nación equipos instalados conteniendo PCBs (artículo 14), mientras que la normativa provincial (SPA 1118/02) establece que a tal fecha los sistemas cerrados operativos no podrán poseer concentraciones superiores a los 0,0002% (2 ppm.), previendo a tal efecto programas y cronogramas específicos – extendido por la resolución 17/09-.

De la comparación de ambas normas, se concluye que la regulación provincial no restringe ni limita la tutela ambiental brindada por la norma federal, sino que suma a la legislación nacional una mayor protección al reglamentar las sustancias contaminadas con PCBs, los aspectos cuantitativos aplicables a estas últimas, imponer un cronograma de plazos más reducidos y acrecentar las exigencias del objetivo a cumplir al finalizar el plan de eliminación.

La regulación adoptada por la provincia resulta razonable, en cuanto responde a los objetivos de la norma nacional de tutela ambiental mediante la progresiva disminución de dichas sustancias. En efecto, la reglamentación del residuo o sustancia contaminada con PCB se vincula con su artículo 19 que considera –bajo la forma de presunción juris tantum- como cosa riesgosa al PCBs, PCBs usado y todo aparato que contenga PCBs y equipara su daño al causado por un residuo peligroso (artículo 20). Tal orientación resulta conteste con diversas normas nacionales que refieren específicamente a los PCBs (vgr. la ley 24.051 de Residuos Peligrosos, la resolución 369/91 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que reglamentó las normas para su uso y manipuleo, la

resolución conjunta 437/2001 y 209/2001 del Ministerio de Salud y del Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos sobre prohibición de producción, importación y comercialización de PCBs y productos y/o equipos que los contengan, y la resolución 249/02 de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable que prohibió el ingreso de PCBs al territorio nacional y la producción, comercialización y/o nuevas aplicaciones de PCBs y materiales que contengan estas sustancias o estén contaminados con ellas).

Finalmente, la regulación provincial también resulta acorde a los tratados internacionales suscriptos por el Estado Nacional en la materia (Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes COPs, ratificado por ley 26.011, y Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos Transfronterizos, de los desechos peligrosos y su eliminación, aprobado por ley 23.922), y resulta conteste a la normativa internacional relativa a la materia, en cuanto contribuye con el objetivo de llegar progresivamente a la completa prohibición de dichas sustancias (cfr. la directiva 96/59/CE del Consejo de la Unión Europea) e incluso adopta el parámetro de tope de 2 ppm. que es el tenido en cuenta, por ejemplo, por la norma ASTM D 4059 y el Code of Federal Regulation – Part 761.79 de la Environmental Protection Agency de los Estados Unidos.

Así, en el marco del federalismo de concertación que se ha desarrollado con anterioridad, que permite la interacción articulada de los diversos estados provinciales y el estado federal en el ejercicio de sus respectivas competencias constitucionales, esta Corte ha sostenido que para considerar inconciliables los poderes de policía concurrentes debe mediar una repugnancia efectiva entre una y otra facultad, la nacional y la provincial, en cuyo caso y siempre que la atribución se haya ejercido por

la autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de Ley Suprema (Fallos: 137:212; 300:402; 315:1013 y 322:2862). Tal colisión no se verifica en los presentes actuados, puesto que las normas ambientales adoptadas por las autoridades competentes resultan vinculantes para las actoras en virtud de lo expresamente convenido en sus contratos de concesión toda vez que por ellos se obligaron a instalar, operar y mantener las instalaciones y/o equipos de forma tal que no constituyan peligro para la seguridad pública, respetando las normas que regulan la materia, adecuando su accionar al objetivo de preservar y/o mejorar los ecosistemas, cumpliendo con las normas destinadas a la protección del medioambiente en vigencia y las que se dicten en el futuro (artículo 25, incs. m, n y z del contrato de concesión aprobado por la resolución SEE 170/92, cfr. acápite VI in fine, dictamen de la señora Procuradora Fiscal).

### **Los problemas subsistentes**

Sin embargo, existen situaciones de desconexión normativa nacional/provincial y el orden local en cuanto a bienes de naturaleza ambiental-cultura, así toma vital importancia en una Ciudad como La Plata, en la cual su misma traza original fue postulada como Patrimonio de la Humanidad ante la UNESCO.

La Ciudad de La Plata tiene un Patrimonio Cultural Edificado particularmente rico y abundante, y es por esto que fallas en la protección del mismo pueden acarrear problemas no sólo jurídicos, sino también daños irreparables. Por esta razón resulta fundamental un análisis respecto de la eficacia o ineficacia en la aplicación de dichos principios e instrumentos, no sólo los emanados del ambientalismo sino también los

venidos del constitucionalismo cultural que desarrolló los derechos culturales, con un análisis crítico de los factores o razones que han influido para que tales principios e instrumentos que están vigentes en la materia, no hayan sido debidamente aplicados al diseñar normas y/o establecer/implementar políticas.

## Conclusión

El derecho cultural entendido como "subsistema jurídico normativo de la actividad cultural" se ha diseminado gracias a documentos internacionales emitidos por diversas organizaciones intergubernamentales. El origen del derecho cultural y su prolongación: el derecho del patrimonio cultural, se halla en los RIDH<sup>7</sup>: ahí residen los principios, normas y criterios que, ratificados en los tratados de los Estados participantes, plasman su preocupación por la vida cultural de los pueblos.

Ciertamente, a lo largo de los años los distintos instrumentos jurídicos internacionales han buscado maximizar los bienes del Estado hasta alcanzar la plena efectividad del derecho cultural y mismo del ambiental-cultural.

Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, dio un paso trascendental en el ámbito jurídico internacional, al establecer

---

<sup>7</sup> Regímenes internacionales de los derechos humanos (RIDH).

los derechos culturales en general, parte fundamental de los derechos humanos,

Se impuso en la obligación de respetar, proteger, asegurar y promover con cuanta medida fuese posible la garantía de la vida cultural y la vida cultural desarrolla en un contorno de ambiente-cultura- sociedad, en localización territorial

Los Estados deben adoptar medidas positivas promoviendo una o varias obligaciones. La actividad estatal, pues, debiese asimismo entenderse en un doble sentido: tanto de abstención como de responsabilidad.

Los derechos culturales comprenden entre otros: El desarrollo libre de la actividad cultural, pero también el acceso al uso y disfrute de los bienes culturales y a la protección de los elementos identitarios, que promueven y generen una vida cultural en un medio ambiente humano o intervenido por el hombre.

La importancia de los derechos culturales, son en función del interés de la protección de un tipo de bienes que reconocemos como valiosos por pertenecer a nuestra cultura, ya sea que tengan un sustrato material, como puede ser un monumento, una edificación histórica, o el mismo medio ambiente, pero también puede que tenga un sustrato inmaterial, como la historia, las tradiciones o las identidades, cuya preservación no hacen más que mejorar el nivel de vida de las personas. Todo ello, en procura de respetar y valorar la dignidad de toda persona.

# Una mirada (escéptica) sobre el principio de reparación plena



*Jorge Oscar Rossi<sup>1</sup>*

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué "debe" el que debe indemnizar? III. La "reparación plena". IV. ¿Qué se repara con la "reparación plena"? V. Una idea "chocante" y su posible justificación. VI. La conveniencia de formalizar el lenguaje jurídico. VII. Algunas conclusiones.

## Introducción

En varios trabajos anteriores venimos ocupándonos de cuestiones relacionadas con la falta de precisión del lenguaje técnico jurídico.

Parafraseando a Carrió<sup>2</sup>, el lenguaje jurídico presenta una "textura abierta" inadmisibles en un lenguaje que pretende ser científico. Exagerando, cada autor tiene su propia terminología y esto da pie a equívocos y acalorados e infructuosos debates donde las partes no logran consenso porque, básicamente, están hablando de cosas distintas.

---

<sup>1</sup> Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón), Abogado (U.B.A.) Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica y Seminario Tutorial en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Investigador acreditado en la Universidad de Morón y en la Fundación Cijuso. Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones", "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" y Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Autor de distintas obras y artículos sobre derecho privado.

<sup>2</sup> Carrió, Genaro, "Notas sobre Derecho y lenguaje", Abeledo-Perrot S. A. E. e I., 3ª edición aumentada, 1986. Respecto de la "textura abierta del lenguaje", ver pág. 35 y siguientes sobre lenguaje jurídico y lenguaje natural, ver pág. 49 y siguientes. Más adelante, en pág. 91, al ocuparse de las controversias o desacuerdos entre los juristas, expresa Carrió que "(l)a relación que existe entre aquellos desacuerdos y los problemas del lenguaje es muy grande; mucho más de lo que de ordinario advertimos. Hasta se podría decir, sin pecar de exageración, que la mayor parte de las agudas controversias que, sin mayor beneficio, agitan el campo de la teoría jurídica, deben su origen a ciertas peculiaridades del lenguaje y a nuestra general falta de sensibilidad hacia ellas".

En este trabajo nos ocuparemos de los interrogantes que presenta un concepto “positivizado” en el art. 1740 del Código Civil y Comercial (CCC): la “reparación plena”.

### ¿Qué “debe” el que debe indemnizar?

Sabemos que el término “responsabilidad” tiene varios sentidos, tanto en el lenguaje corriente como en el de los juristas.

Los abogados, tradicionalmente, designamos como responsable civil a aquella persona que, por encontrarse encuadrada en determinado hecho jurídico, tiene el deber de indemnizar, es decir, de “reparar” un daño.

Responsabilidad civil sería entonces igual a “*deber de indemnizar*”. Responsable civil, sería entonces, aquel que tiene el “*deber de indemnizar*”

Habitualmente se dice que indemnizar equivale a “dejar sin daño”, “reponer las cosas a su estado anterior”, o “dejar a la víctima como si nunca hubiese sufrido un daño”.

Sin embargo, esto solo es posible en un número muy limitado de casos. Si ese fuera el significado de indemnizar, ¿cómo se “indemniza” a alguien que perdió una pierna en un accidente de tránsito?, ¿cómo se “indemniza” el dolor de una madre por la muerte de su hijo en un caso similar?

Dice el Diccionario de la Lengua Española <sup>3</sup> que “**indemnizar**” es “**resarcir de un daño o perjuicio**”. A su vez, el mismo diccionario define “resarcir” como “**indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio**”.

---

<sup>3</sup> Puede consultarse en la dirección <http://www.rae.es/>

Por último, “compensar” tiene varios sentidos. Para nuestro tema nos interesan los siguientes <sup>4</sup> :

- Igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra.
- Dar algo o hacer un beneficio en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado.

En la gran mayoría de los casos, el responsable entrega algo *distinto* que lo que perdió la víctima. Es más, en la práctica, casi siempre lo que entrega es dinero (conf, art. 1740 del CCC).

Gráficamente, **compensar es volver a equilibrar la balanza**, previamente desequilibrada por el daño. La noción de Justicia está vinculada con la idea del restablecimiento del equilibrio perdido.

Saliendo de la tradicional imagen de la balanza y con la pretensión de ser más precisos, la administración de justicia busca una reasignación de bienes. En ese sentido, administrar justicia es administrar bienes con la finalidad de compensar una pérdida. Esto se observa con gran nitidez en el llamado Derecho de Daños, cuando se busca resarcir... ¿O reparar?... ¿O qué?

### La “reparación plena”

El artículo 1740 del CCC establece el principio de la plena reparación del daño:

*“Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La*

---

<sup>4</sup> No usamos aquí la palabra compensación como modo de extinción de las obligaciones, en el sentido que le daba el Código Civil en los arts. 818 a 831 y el CCC en los arts. 921 a 930. Esa compensación requiere, por empezar, de dos sujetos que sean deudor y acreedor del otro, (art. 818 Código Civil y 921 CCC). En los supuestos de reparación del daño, el responsable, por lo común, no es al mismo tiempo acreedor de la víctima.

*víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.”* (el subrayado es nuestro)

De lo anterior se sigue que el principio de reparación plena consistiría en:

a) la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso (arg. art. 1740 CCC), lo que implica resarcir, además,

b) el perjuicio causado por la mora en reparar el daño (arg. art. 1747 CCC)

Esto nos conduce a adoptar la siguiente clasificación, que surge del citado art. 1747:

\* Daño compensatorio (en rigor, el resarcimiento del derecho lesionado)

\* Daño moratorio (en rigor, el resarcimiento por la lesión al derecho que causa el retardo en indemnizar)

En un ejemplo, supongamos un caso donde la destrucción de un vehículo genera daño resarcible. El responsable deberá restituir al damnificado a la situación anterior (o sea, asumir el costo de la reparación o sustitución del vehículo destruido. Ese sería el resarcimiento del daño compensatorio). Además, deberá resarcir por el perjuicio que cause el retraso en indemnizar el daño compensatorio.

Ahora bien, la siguiente pregunta es: ¿cómo se efectúa la reparación?

Al respecto, en el CCC la regla parece ser la reparación en dinero, salvo que la víctima opte por reclamar la reparación en especie.

Ahora bien, que la reparación sea en dinero no significa que la obligación de indemnizar sea una obligación de dar sumas de dinero. Muchas veces será una obligación *de dar un valor* expresado en dinero.

En el Código Civil derogado no se regulaban las llamadas “obligaciones de valor”, que ahora aparecen en el art. 772 del CCC, pero su existencia era reconocida por la doctrina y jurisprudencia.

Siguiendo con el art. 1740, el CCC incorpora, como regla general, la posibilidad de que se publique la sentencia, en casos en los que se haya lesionado el honor, la intimidad o la identidad personal.

No se trata de una novedad, dado que el art. 1071 bis del derogado Código Civil también lo establecía, pero para supuestos más específicos:

*“Art. 1.071 bis. El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.”* (el subrayado es nuestro)

De todas maneras, la redacción del CCC luce más clara y amplia (daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal) que la del art. 1071bis, respecto de cuál es el campo de aplicación de la norma.

Destaquemos, por último, que el CCC igualmente incorpora un texto similar al derogado 1071bis:

*“ARTÍCULO 1770.- Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.”*

### ¿Qué se repara con la “reparación plena”?

Al respecto, ¿qué debemos entender por "reparar"?

Ciertos daños son reparables, en el sentido de que pueden reponerse las cosas a su estado anterior. Muchos otros daños no lo son. La víctima solo puede recibir una compensación o satisfacción.

En este sentido, es muy interesante la terminología empleada por Matías Irigoyen Testa, autor de la conocida fórmula de cuantificación de daños punitivos que lleva su apellido. La fórmula “Testa” es usada por algunos de nuestros tribunales pero, fundamentalmente, en una de sus variantes: Aquella en la que existen daños reparables.

Nos dice Irigoyen Testa<sup>5</sup>:

*“Los daños reparables son aquéllos sufridos por víctimas que pueden ser compensadas de forma perfecta (sean daños patrimoniales o*

---

<sup>5</sup> Irigoyen Testa, Matías, "Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino", en "Relaciones Contemporáneas entre Derecho y Economía", Colección Centro de Estudio N.º 3, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá -Colombia, pág. 46.

*daños extramatrimoniales). En otros términos, son aquéllos que una vez acaecidos, es posible indemnizar a sus víctimas y dejarlas indiferentes entre, por un lado, no haber padecido aquellas lesiones y, por el otro lado, haber sufrido las mismas y recibir aquellas indemnizaciones."*

En cambio:

*"... los daños irreparables son aquéllos que luego de producirse, no existe suma monetaria alguna, que podría dejar indiferente a sus damnificados entre, por una parte, no experimentar aquellos perjuicios, y, por otra parte, tolerar los mismos y obtener compensaciones dinerarias. Los ejemplos clásicos, son supuestos de incapacidades permanentes graves o muertes."*<sup>6</sup>

Los daños "irreparables" solo pueden ser objeto de consuelo o compensación. Inevitablemente la víctima va a recibir algo distinto de lo que perdió.

El resarcimiento, en estos casos, solo se puede entender como un alivio del dolor o del displacer sufrido. Entonces, nuevamente, ¿qué debemos entender por "reparar"? En otras palabras, ¿"reparar" es el termino adecuado? ¿"Reparación plena" es una expresión que denote la precisión que cabe exigir a un lenguaje técnico – científico?

La expresión "reparación plena" podría justificarse como terminología técnico jurídica si se refiriera a que el resarcimiento en sede civil no se encuentra limitado por montos y/o por rubros<sup>7</sup>, pero no si se pretende una ilusoria restitución de las cosas al estado anterior.

---

<sup>6</sup> Irigoyen Testa, Matías, op. cit. , pág. 46.

<sup>7</sup> Como ocurre, por ejemplo, en el Derecho del Trabajo.

En todo caso, la restitución de las cosas al estado anterior (no la “reparación plena”) podría ser una regla, como la que tenía el Código derogado en el art 1083:

*"El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero."*

Es interesante compararlo con el texto del art 1740 del CCC:

*"Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero."*

Los textos son similares, pero no iguales. El viejo texto aceptaba la “realidad”: a veces es imposible reponer las cosas al estado anterior.

El texto actual, en cambio, sostiene que la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso puede conseguirse por el pago en dinero o en especie. No explica cómo puede lograrse tal milagro, pero establece que “debe” realizarse (“La reparación del daño *debe* ser plena”).

Ahora bien, por dar un ejemplo, para el que perdió una pierna no puede haber, por desgracia, restitución de la situación al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. Por eso decimos que el texto del Código derogado era realista, mientras que el actual es, como mínimo, ingenuo.

Pensamos que conviene detenerse en la expresión “función resarcitoria” y trazar una diferencia con el concepto de “reparación plena”. La función resarcitoria es más amplia y, en cierto sentido, menos “pretenciosa” que esta imprecisa “reparación plena” definida en el art. 1740 del CCC.

Como expresamos, la *“restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso”* es, en muchísimas ocasiones, imposible. No se va a lograr, con la consiguiente frustración e insatisfacción de justiciables y abogados. El “consuelo”, la “compensación”, la “satisfacción sustitutiva o compensatoria” es el remedio que puede ofrecer el Derecho<sup>8</sup>.

En síntesis, el “resarcimiento” puede lograrse por dos vías, según el caso:

1) La restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso”

2) La “satisfacción sustitutiva o compensatoria”, para utilizar la terminología que positiviza el art. 1741 del CCC.

Respecto de la “satisfacción sustitutiva o compensatoria”, creemos que aún hay un largo camino para recorrer. Por empezar, esta “satisfacción sustitutiva o compensatoria” no tiene porqué lograrse en todos los casos mediante el pago de una suma de dinero, como parece indicarlo el art. 1741<sup>9</sup>, sino que puede pensarse en otras modalidades. Al

---

<sup>8</sup> Tratamos con más detalle estas cuestiones en nuestro artículo “Una mirada (escéptica) sobre lo justo y lo moral”, publicado en el Volumen XVI de FILOCAM, pág. 15 y sgtes. En Internet: <https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2021/12/FILOCAM-VOLUMEN-XVI.pdf>

<sup>9</sup> “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.”

respecto, el art. 1740<sup>10</sup> in fine ofrece un buen ejemplo, cuando dispone que "En el caso de *daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal*, el juez puede, a pedido de parte, *ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes*, a costa del responsable." Esta publicidad puede servir como desagravio para el ofendido, que siente que su dignidad ha sido expuesta y manchada frente a la sociedad y que ahora puede mostrar "la verdad", dicha por un tercero imparcial (el juez).

El dolor sufrido puede compensarse, en algunas situaciones con un sincero pedido de disculpas, u otra conducta que sirva para desagraviar a la víctima.

Indudablemente es la víctima quien puede ayudar más al juez para que esté sepa cuál es el consuelo o la satisfacción que podría compensar, aunque sea parcialmente, el daño extrapatrimonial sufrido.

La víctima tiene la carga de aportar información al proceso para ayudar al magistrado en su tarea decisoria.

### Una idea "chocante" y su posible justificación

Un caso resuelto por la Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca 18 de septiembre de 2008 explica en detalle la forma de cuantificar el resarcimiento de daños extrapatrimoniales, mediante la ponderación de "satisfacciones sustitutivas".

---

<sup>10</sup> Dicho sea de paso, es el mismo artículo que introduce el concepto de "reparación plena". Cuando se trata de una lesión al honor, la intimidad o la identidad personal, no hay monto de dinero ni publicación de sentencia que logre restituir "la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso". Solo cabe otorgar una compensación, un consuelo, una satisfacción, según el caso.

En efecto, en los autos “M., J. L. v. C., M. C.”, el Tribunal confirmó la condena a indemnizar con \$5000 al actor, en concepto de daño moral, por la agresión que este sufriera de parte del demandado.

El vocal preopinante, cuyo voto fue compartido, destacó que “*e/ actor se encuentra en la etapa de madurez de su vida, es una persona de escasos ingresos, tal como lo reconoció al demandar y pedir su beneficio de litigar sin gastos, encontrándose por ende en un nivel socioeconómico bajo. Con los \$ 5000 fijados como indemnización por daño moral en la instancia anterior no puede accederse a mucho más que un excelente televisor, o unas vacaciones dentro del país, lo que considero una reparación suficiente para el daño moral padecido.*” (la negrita es nuestra)

Al respecto, resulta muy ilustrativo un ejemplo que nos da el propio magistrado:

*“Poniendo ejemplos hipotéticos extremos, cabe suponer un daño moral “x” causado a una persona “n”. Ese daño puede ser, por ejemplo, una importante lesión con arma blanca que se curó en forma relativamente rápida. Si ese daño se produce en una persona con escasísimos ingresos, que nunca tuvo automóvil ni aspira razonablemente a tenerlo durante el curso de su vida, una suma que le permita comprar un automóvil nuevo modesto probablemente será una muy buena indemnización, y esta persona se sentirá realmente gratificada por ello y, aunque imperfectamente, compensado su dolor. Si, en cambio, ese mismo daño se produce en una persona que tiene varios automóviles importados último modelo, la misma indemnización será completamente inapropiada sencillamente porque no cumplirá su finalidad: el dañado no tendrá placeres compensatorios que remedien el daño padecido; simplemente porque dada su condición objetiva, subirse a un automóvil modesto cero kilómetro no le representaría ningún placer, y la utilización*

*de esa cantidad de dinero en otro tipo de bien o servicio de su gusto podría producirle alguna satisfacción, pero ínfima en comparación al daño sufrido.” (la negrita es nuestra)*

Aquí se pone de manifiesto un aspecto que suele resultar “chocante” a la hora de aplicar el concepto de “satisfacción sustitutiva” y lo diremos con un lenguaje nada académico:

**Al pobre se lo “arregla” con poco.** Como también expresa el vocal en el caso antes citado: *“El modelo estructural tiene tres variables que deben combinarse: a) la ubicación temporal del damnificado, en cuanto a su edad cronológica, o mejor aún, determinados períodos de su vida; b) la ubicación en el espectro económico, social y cultural, es decir, la clase social de pertenencia e identidad; y c) la medición de la intensidad del daño moral por medio de los síntomas...”*

De esto surge que *“...el placer concreto con que debe buscarse compensar a cada damnificado por daño moral, está directamente relacionado con los placeres concretos con que esa persona acostumbra a regocijarse...”*.

Si estamos en un caso de responsabilidad civil donde el factor de atribución es objetivo, por ejemplo, un accidente de tránsito, donde la culpa o no del agente es irrelevante, este razonamiento puede ser atendible, dado que configura un parámetro de cuantificación en un caso donde el responsable, por hipótesis, puede no ser culpable y responder simplemente en su carácter de dueño o guardián de la cosa.

El caso inverso, en supuestos de responsabilidad civil por actor de atribución objetivo puede presentar inconvenientes.

En efecto, dado que, con este mismo criterio, “al rico solo se lo arregla con mucho”, esto puede ser injusto para el dañador de escasos

recursos, en casos de factor objetivo donde, nuevamente, el responsable, por hipótesis, puede no ser culpable y responder simplemente en su carácter de dueño o guardián de la cosa. En este último caso, entendemos que se debe acudir a la facultad de morigerar el monto indemnizatorio, otorgada al juez por el art. 1742, por razones de equidad, *"en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho"*.

En cambio, la combinación "daño causado con dolo – satisfacción sustitutiva para víctima de escasos recursos" puede dar como resultado el otorgamiento de montos insignificantes en concepto de reparación del daño extrapatrimonial, insignificantes precisamente porque la víctima, más que satisfacción sustitutiva, puede sentirse mortificado por el otorgamiento de una suma con la que puede "comprarse un buen televisor", como reparación de una conducta cometida *"de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos"* (art. 1724 CCC). Piénsese en alguien (persona humana o jurídica) que, abusando de su posición dominante, maltrata deliberadamente a otro, someténdolo a vejámenes y vergüenza.

En casos como este, la satisfacción sustitutiva o compensatoria del que se sabe vulnerable y que fue tratado como tal, puede encontrarse en el castigo económico del poderoso, a través de un monto que, a la par que sancione patrimonialmente al dañador, le permita a la víctima procurarse *placeres concretos con los que NO acostumbra a regocijarse porque, justamente, están fuera de su espectro económico, social y cultural*.

Esta idea también puede resultar chocante, porque en cierto modo implica que la víctima encuentra placer en el castigo del dañador y porque parece apartarse del carácter meramente resarcitorio de la indemnización de las consecuencias extrapatrimoniales.

Podemos responder que la sensación de que “se hizo justicia”, que el ofensor “pagó” por lo que hizo, es decir, sufrió un displacer equivalente al que produjo, es algo que susceptible de provocar placer o consuelo en la víctima. En el mismo sentido, no debemos olvidar que el hecho de que un juez otorgue una suma de dinero a favor de la víctima tiene un valor simbólico que va más allá de los bienes concretos que esta pueda adquirir con aquel.

Volvemos sobre un concepto de Irigoyen Testa:

*“... los daños irreparables son aquéllos que luego de producirse, no existe suma monetaria alguna, que podría dejar indiferente a sus damnificados entre, por una parte, no experimentar aquellos perjuicios, y, por otra parte, tolerar los mismos y obtener compensaciones dinerarias. Los ejemplos clásicos, son supuestos de incapacidades permanentes graves o muertes.”<sup>11</sup>*

Los daños “irreparables” solo pueden ser objeto de consuelo<sup>12</sup>. Así destacamos que la función “resarcitoria” puede cumplir dos finalidades, según el caso: reparar o compensar<sup>13</sup>.

Cómo en todos los rubros, es fundamental precisar el contenido del resarcimiento del daño extrapatrimonial. Si consideramos, a contrario sensu del art. 1746 CCC, que incluye todo menoscabo en la aptitud para realizar aquellas actividades no productivas ni económicamente valorables pero placenteras para el sujeto, en otras palabras, si es la disminución de probabilidades vitales que experimenta un sujeto, además

---

<sup>11</sup> Irigoyen Testa, Matías, op. cit., pág. 46.

<sup>12</sup> Consolar: “1. tr. Aliviar la pena o aflicción de alguien. U. t. c. prnl.” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 19/12/2022].

<sup>13</sup> En la segunda acepción de esta palabra: “Dar algo o hacer un beneficio a alguien en resarcimiento del daño, perjuicio o disgusto que se ha causado. U. t. c. prnl.” (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 19/12/2022].

de la clásica "afectación a los sentimientos" o "mortificación espiritual", nos encontramos con que para su cuantificación es importante tener en cuenta aspectos tales como la edad y la situación económica y sociocultural de la víctima.

Aquí solo pretendemos poner de resalto el problema de las definiciones. Es fundamental arribar a una terminología técnico jurídica común, donde exista consenso acerca de, por ejemplo, que lesión en concreto se denomina con la expresión "daño extrapatrimonial". Si eso no es claro, si no sabemos a ciencia cierta qué entienden los jueces de las distintas instancias y qué entienden las partes por "daño extrapatrimonial", mayor será la dificultad a la hora de analizar la razonabilidad del monto otorgado por ese concepto.

**Definir de manera inequívoca el daño** cuyo resarcimiento se pide es un requisito para determinarlo y este, a su vez, es un requisito para su cuantificación.

El siguiente ejemplo servirá, esperamos, para aclarar la cuestión:

Supongamos que a cuatro personas le mencionamos la misma palabra: "vehículo". Al escucharla, la primera persona piensa en un automóvil, la segunda en una motocicleta, la tercera en una bicicleta y la cuarta en un monopatín eléctrico.

Luego, sin otra explicación, le pedimos a cada una que estime el monto (es decir, el valor) del "vehículo". El primero nos dice \$2.000.000, el segundo \$750.000, el tercero \$180.000 y el cuarto \$60.000. En cada caso, la cuantificación arrojó resultados muy distintos porque cada persona había determinado el significado de "vehículo" de una manera diferente.

Lo mismo puede ocurrir en nuestra materia, si cada persona le asigna un “contenido” o significado distinto a expresiones tales como “incapacidad sobreviniente”, “valor vida”, “daño extrapatrimonial”, “daño psicológico”, etc.

### La conveniencia de formalizar el lenguaje jurídico

En un trabajo anterior<sup>14</sup> nos pronunciábamos sobre la necesidad de formalizar el lenguaje jurídico, es decir, de someterlo a unas reglas fijas de formación de expresiones y significados, con la finalidad de dotar de precisión y universalidad a sus términos y destacamos que una de sus ventajas consiste en reducir la “equivocidad” a la hora de argumentar.

En otro trabajo<sup>15</sup>, postulábamos que, desde un punto de vista científico, los abogados deben evitar la utilización del término “justicia”, tanto como el médico evita hablar de curación, dado que “justicia”, “lo justo” y expresiones equivalentes remiten a un supuesto no susceptible de verificación.

Esto porque el término “justicia” suele utilizarse en un sentido absoluto u objetivo, (“Esto no es justo”), en lugar de relativo o comparativo, (“está situación es más justa que la anterior”, o “esto es más justo que esto otro”)

En cambio, sosteníamos que la utilización del término justicia en sentido comparativo o su reemplazo por otras expresiones, tendrá la consecuencia de no generar falsas o exageradas expectativas. Dicho de

---

<sup>14</sup> “Cuantificación de daños y formalización del lenguaje jurídico”, publicado en el N° 27 de la Revista FiloCAM, pág. 42 y sgtes, en noviembre de 2022. En Internet: <https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2022/11/Filocam-Volumen-XXVII.pdf> .

<sup>15</sup> “Una mirada (escéptica) sobre lo justo y lo moral”, publicado en el Volumen XVI de FILOCAM, pág. 15 y sgtes. En Internet: <https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2021/12/FILOCAM-VOLUMEN-XVI.pdf> .

otra manera, la frustración de las expectativas (del cliente y del propio abogado) será mucho menor.

Todo esto viene a cuento porque la definición de “reparación plena” contenida en el art. 1740 del CCC, además de inexacta, es generadora de expectativas que en casi todos los casos se verán frustradas.

### **Algunas conclusiones**

Sin pretender agotar la cuestión, postulamos las siguientes conclusiones:

1) En la gran mayoría de los casos, la responsable entrega algo distinto que lo que perdió la víctima.

2) La expresión “reparación plena” podría justificarse como terminología técnico jurídica si se refiriera a que el resarcimiento en sede civil no se encuentra limitado por montos y/o por rubros, pero no si se pretende una ilusoria restitución de las cosas al estado anterior.

3) La definición legal de “reparación plena” contenida en el art. 1740 del CCC es inexacta, dado que la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso es, en la mayoría de los casos, imposible.

4) El texto del art. 1083 del Código Civil derogado era más preciso que su similar del CCC, dado que reconocía que en ocasiones es imposible reponer las cosas al estado anterior.

5) Indemnizar, en el sentido de “dejar sin daño” no significa “volver las cosas al estado anterior” sino otorgar a la víctima un bien o conjunto de bienes que compense el bien o bienes perdidos.

6) El “resarcimiento” puede lograrse por dos vías, no mutuamente excluyentes, según el caso:

a) La “restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso” o, con mayor propiedad, un estado de indiferencia

b) La “satisfacción sustitutiva o compensatoria”, para utilizar la terminología que positiviza el art. 1741 del CCC.

7) La satisfacción sustitutiva o compensatoria” no tiene porqué lograrse en todos los casos mediante el pago de una suma de dinero, como parece indicarlo el art. 1741, sino que puede pensarse en otras modalidades.

8) La satisfacción sustitutiva o compensatoria del que se sabe vulnerable y que fue tratado como tal, puede encontrarse en el castigo económico del poderoso, a través de un monto que, a la par que sancione patrimonialmente al dañador, le permita a la víctima procurarse placeres concretos con los que no acostumbra a regocijarse porque, justamente, están fuera de su espectro económico, social y cultural.

9) Definir de manera inequívoca el daño cuyo resarcimiento se pide es un requisito para determinarlo y este, a su vez, es un requisito para su cuantificación.

10) A la hora de analizar la razonabilidad del monto otorgado, es fundamental arribar a una terminología técnico jurídica común, donde exista consenso acerca de, por ejemplo, que lesión en concreto, se denomina con la expresión “daño extrapatrimonial”.

11) La definición de “reparación plena” contenida en el art. 1740 del CCC, además de inexacta, es generadora de expectativas que en casi todos los casos se verán frustradas.

# Lawfare, ese viejo fantasma sin reposo, que recorre Latinoamérica



*Osvaldo Nari<sup>1</sup>*

El lawfare no es un fantasma del estilo de aquel sufriente con quien Oscar Wilde personificaba su relato de Canterville, ni el que Marx y Engels utilizaban en su Manifiesto Comunista, aunque sí un concepto traslúcido, fantasmagórico, vidrioso y espectral que atraviesa de punta a punta nuestra Latinoamérica, y por qué no varios otros rincones del mundo. Un fenómeno que, pese a sus intersecciones globales, ha venido desarrollándose sistemáticamente y con una frecuencia indeseable en estos confines que habitamos.

Latinoamérica constituye históricamente, un punto fundamental para el desarrollo del sistema capitalista mundial, y EEUU en su intento de perpetuar su hegemonía territorial ha utilizado las variadas herramientas, que la favorecieran a la hora de neutralizar gobiernos y movimientos de corte progresista en la región. En particular, en cuanto a las formas en que ha mutado el uso del Poder Judicial respecto de la aplicación de la ley penal y su interferencia en el devenir de la política, elemento este que supo constituir una garantía de los derechos civiles de los ciudadanos.

Las elites de nuestra región y los defensores de los intereses del capital financiero internacional, que llevan décadas combatiendo las políticas sociales diseñadas para erradicar la pobreza y disminuir las profundas desigualdades sociales se han encargado de promover el concepto de

---

Abogado; director Adjunto del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM, 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.

corrupción a la categoría de un mal fundacional, señalándola como el origen y la causa de todos los restantes males.

Es lógico y saludable, que no aprobemos a los gobernantes corruptos, pero la lucha contra la corrupción se transforma solo en un pretexto del cual aquellos sectores se valen para atacar a gobiernos legítimamente elegidos por el voto popular, generando instancias donde los derrotados en las urnas terminan imponiendo sus intereses por sobre la soberanía de los pueblos.

A partir de la criminalización y la destrucción de la política, logran instalar en la sociedad la idea de que todos los políticos son corruptos, rebajando la política al peor de los inframundos supuestamente morales y a la vez, exaltando otras elites a las que no se cuestiona: jueces, empresarios, personas exitosas, cierto periodismo amigo.

Mediante la excusa de combatir la corrupción, violan el principio legal de debido proceso y las garantías constitucionales de los acusados. En general, una parte de la prensa, políticamente involucrada, crea un hecho y lo divulga ampliamente, típico mecanismo de la posverdad: una mentira que se cuenta hasta el infinito, y que acaba volviéndose verdad. A posteriori, el aparato judicial, a través de adeptos sale a buscar denodadamente, elementos que puedan sostener formalmente una acusación, intentando encontrar dichos elementos y si no se encuentran se construyen.<sup>2</sup>

En el 2009 Zelaya en honduras pretendió impulsar una asamblea constituyente y convocó para ello una consulta popular, por lo cual la corte suprema de ese país, avaló que el ejército lo destituyera. Luego Fernando Lugo en Paraguay en el 2012, en una situación inédita, fue destituido con el aval del poder judicial, a través de un proceso judicial express que duro apenas de 24 horas,

---

<sup>2</sup> Tal como lo que sucedió en Brasil, donde se condenó a Lula Da Silva bajo la afirmación de que *“...no cuento con pruebas, pero tengo la convicción...”*.

En el Brasil del nuevo siglo, primero Dilma Rousseff fue destituida a través de un *impichment* (figura contenida en el sistema constitucional de aquel país, pero que fue utilizada violando todas las garantías de derechos) y a posteriori Lula Da Silva después, también fueron objeto de esos procesos anómalos, para destituir a la primera y proscribir al segundo, ante el casi seguro triunfo de este en las elecciones del 2018.

Evo Morales en un golpe de estado de particulares características y Cristina mediante el acoso de innumerables e interminables causas judiciales, también son claros ejemplos de este dispositivo complejo de persecución política.

El bochornoso desarrollo del denominado juicio de vialidad contra la ex presidente y actual vicepresidente argentina, así como el tratamiento opaco en la investigación por el intento de asesinato que sufrió hace escasos meses, y los recientes audios y chats filtrados de jueces, empresarios, ex agentes de inteligencia, directivos de medios y funcionarios políticos y sus encuentros en el sur del país, nos llevan necesariamente a redefinir el carácter político del *lawfare*.<sup>3</sup>

Pero no solo a presidentes llega la cuestión. En 2017 el vicepresidente ecuatoriano Jorge Glass fue acusado de corrupción y condenado a 6 años de prisión con un código penal anterior al vigente sin pruebas materiales y basándose exclusivamente en la confesión de otro acusado que fue absuelto de toda culpa precisamente gracias a su testimonio, ante la mirada absorta de millones de ecuatorianos. El juicio político disfrazado estaba relacionado con la cercanía de Glass con el exmandatario Rafael Correa, quien estaba enfrentado al ese entonces presidente Lenin Moreno. Estas embestidas judiciales contra los líderes progresistas de Latinoamérica, constituyen

---

<sup>3</sup> El problema es político porque tal como lo denuncia la actual Vicepresidente de la argentina, lo que se denuncia es una conspiración pergeñada desde lo que ella denomina "la cúspide del poder", tal como lo expresa en su mención acerca de que *"...El partido judicial me quiere presa o muerta..."*.

renombrados ejemplos, para nada aislados, de este nuevo dispositivo de guerra no convencional.

El dispositivo prevé que a posteriori del acontecimiento que repercute mediáticamente, aparece en escena una parte del Poder judicial, deseosa de colaborar con este mecanismo, que casualmente coincide con los jueces que fueron nombrados por aquellos sectores de la política que están intentando implementar el dispositivo y se enfrentados justamente con aquellos a quienes están atacando.

De esta manera, la vida privada y la intimidad de los acusados quedara expuesta a diario en base a estas filtraciones de información, término que camufla la operación de seleccionar perspicazmente uno o más hechos, los cuales serán repetidos una y más veces hasta el hartazgo en los medios de comunicación adeptos.

Ante la imposibilidad de demostrar lo que no ocurrió, usualmente se recurre a escuchas telefónicas ilegales, citaciones compulsivas y encarcelamientos preventivos, tanto de los acusados como de sus familiares, mecanismos por los que se apunta al objetivo de lograr la delación premiada del arrepentido, personas estas que serán capaces de inventar cualquier situación para obtener un beneficio.

En este marco, se condenará al inculpado, a partir de dudosas evidencias y si no se logra demostrar el hecho que se le imputa, se apela a la estafalaria categoría de hecho indeterminado. El circo se completa con la sentencia condenatoria que habrá de confirmar un tribunal igualmente parcial y comprometido con los intereses políticos y económicos de las clases dominantes.

De esta forma, los grandes medios de comunicación, se encargan de difundir incesantemente el fallo judicial obtenido, dispuestos a darle legitimidad a todo un proceso absolutamente espurio, y por el cual se aparta al enemigo de la arena política.

Tal como lo menciona Eugenio Zaffaroni en uno de sus libros <sup>4</sup>, queda demostrado cómo se ha ido desvirtuando el verdadero derecho penal para dar origen a otra cosa, que él denomina *derecho penal vergonzoso*, el cual permite la transformación del Poder Judicial en instrumento de persecución política, contra quienes alcen su voz en defensa de quienes han sido abandonados a su propia suerte, plantándose firme frente a los poderosos representantes del capital financiero internacional y los gobernantes serviles al mercado. Por ello según el autor, debe existir un objetivo de quienes enarboleden una mirada crítica de la temática, y que es la de “...sacar a la academia jurídica de la torre de marfil...” para ponerla “...al servicio de los pueblos...”.

Otro concepto interesante de este autor, se refiere a la *noción de goteo*, donde las cuestiones que desvirtúan la democracia, se dan en la misma práctica de sus propios contextos, a partir del accionar cotidiano, de una manera sistemática, silenciosa y permanente.<sup>5</sup>

### **Criaturas En Los Lagos, No Tan Escondidas.**

La ex presidente Cristina F. de Kirchner, denomino teóricamente a es conspiración, con el mote de *partido judicial*. Dicho dispositivo, según la mandataria, habría venido a reemplazar al partido militar y las dictaduras tras el fin de la Guerra Fría, con tres objetivos fundamentales: **controlar la voluntad popular, proteger a los conspiradores y disciplinar a los dirigentes**

---

<sup>4</sup> Cristina Caamaño - Valeria Vegh Weis -Eugenio Raúl Zaffaroni, ¡Bienvenidos al lawfare! Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal Ed. Capital Intelectual Bs As. 2020

<sup>5</sup> Zaffaroni, Raúl Eugenio, Bailone, Matías, La Cuestión Criminal Ilustrado por Miguel Rep, Planeta, Buenos Aires 2011. En dicha noción de “goteo”, Zaffaroni explica que los genocidios y masacres no ocurren únicamente a partir de la aniquilación masiva de grupos determinados en momentos de no derecho, sino que asimismo tienen lugar en contextos democráticos a partir del accionar cotidiano de las fuerzas de seguridad contra las poblaciones marginalizadas.

**políticos.** Si bien es cierto que creer ciegamente en teorías conspirativas es peligroso, no se puede soslayar absolutamente su existencia.

Es difícil imaginar un mejor lugar para una maquinación que un sitio oculto (Lago Escondido), siendo una elección literaria, directamente conectada con la realidad, si calculamos que el lugar no tiene acceso al público. En octubre del 2022, los periodistas Raúl Kollmann e Irina Hauser hicieron público un encuentro al que denominaron cónclave político judicial secreto, realizado en la estancia del multimillonario británico Jon Lewis. Dicha posible bacanal, tal como las reuniones secretas que estaban prohibidas hasta por el Senado Romano, parece haber tenido el objetivo de garantizar la impunidad de algunos y mantener el hostigamiento judicial contra otros. ¿Quién filtró la información? Las lealtades parecen débiles y los amigos pueden ser enemigos. También hay una sola certeza, la conjura de problemas políticos, no se resuelve con una investigación jurídica penal.

### Conceptualización Del Lawfare

Jueces vinculados a una determinada parcialidad política, testigos poco fiables, ausencia de pruebas, implicaciones partidistas desde la información difundida en los grandes medios de comunicación y condenas decididas de antemano, aparecen como elementos comunes de una historia bien conocida.

La palabra *lawfare*, de origen anglosajón que parece haberse puesto de moda el término en Latinoamérica, proviene de la contracción de los términos:

Law: derecho

Wafare: conocimiento bélico.

Esto implica hablar de guerra jurídica, o sea: una guerra judicial que esconde intencionalidad política. Es justamente eso: el uso indebido de

instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario política.

Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos), de forma tal que éste sea más vulnerable a las acusaciones sin prueba, con el objetivo de lograr que pierda apoyo popular y que no disponga así de capacidad de reacción.

Este dispositivo, constituye una sofisticada herramienta que manipula una parte importante del consenso social, con el objetivo de mantener las relaciones de dominación y dependencia. El término describe un “...*método de guerra no convencional en el que la ley es usada como un medio para conseguir un objetivo militar*...”.<sup>6</sup> y es utilizado con este sentido en *Unrestricted Warfare*, un libro de 1999<sup>7</sup> sobre estrategia militar. Algunos autores como Suberviola Gilabert, aseveran que los chinos ya habían comenzado a utilizar esto tal como en el manual *Guerra sin restricciones*, de los coroneles QiaoLiang y Wang Xianshui.

En 2001 el concepto comienza a ser utilizado en ámbitos diferentes a las Fuerzas Armadas estadounidenses, tras la publicación de un artículo escrito por el General de Fuerza Aérea, Charles Dunlap, de la Duke Law School.<sup>8</sup> EEUU es uno de los principales proveedores de asesoría para la reforma de los aparatos jurídicos en América Latina<sup>9</sup> y el Departamento de

---

<sup>6</sup> así lo describe en la página de la Harvard Law School. National Security Journal, nota por el coronel Mark W. Holzer. “Lawfare ofensivo y el conflicto”; <https://harvardnsj.org/wp-content/uploads/sites/13/2012/04/Offensive-Lawfare-Holzer-Final.pdf>

<sup>7</sup> Guerra irrestricta es un libro sobre estrategia militar escrito en 1999 por dos coroneles del Ejército Popular de Liberación chino, quienes ya había empezado a categorizar y sistematizar el uso del Derecho como arma y herramienta que puede ser empleada en conflictos armados, Qiao Liang y Wang Xiangsui, Ed. Echo Point Books & Media 1999. Cfr. En

<sup>8</sup> el concepto surge en 2001 por el General Mayor Charles Dunlap, ex juez general adjunto, jefe de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, Washington, D.C., con el ensayo que realizó para la Universidad de Harvard titulado “Law and Military Interventions”, allí la definió como “el uso del derecho como un arma de guerra”

<sup>9</sup> Pásara, Luis (2012) “International support for justice reform in Latin America; worthwhile or worthless?” Latin American Program. Woodrow Wilson Center, Washington DC.

Justicia estadounidense no ha cesado en los últimos tiempos de estrechar vínculos con los aparatos judiciales de la región con la excusa de la lucha anticorrupción.<sup>10</sup> Tanto Dunlap como otros teóricos militares coinciden en que su objetivo estratégico consiste en remplazar la guerra convencional e intentar lograr un consenso social en desmedro del enemigo al que se quiera atacar con la utilización del poder judicial como herramienta fundamental y el asedio o persecución de los medios de comunicación hegemónicos. Algunos autores denominan a esto guerra de baja intensidad.

En estas conceptualizaciones, claramente aparece el lawfare implicando mecanismos de disciplinamiento y normalización de la política, y su desarrollo genera confusión teórica que ayuda a la invisibilización que manipula el poder.

Existen muchos conceptos que vienen siendo desarrollados desde las miradas críticas de la política en nuestros días, que se refieren a temas tales como las llamadas guerra (y también democracias) de baja intensidad, las autoproclamaciones, los ciberataques, la manipulación de la opinión pública; las *fake news* y los procesos de desestabilización económica y otros procesos destituyentes, siendo que todos estos términos referencian a situaciones que en más o en menos se producen y ayudan a la consumación del lawfare.

Pero además el *law fare*, implica una nueva forma de implementación de la vieja doctrina de la seguridad nacional, ya que a partir de la aparición de los gobiernos neoliberales surge la guerra de baja intensidad en Latinoamérica donde ya no se producen confrontaciones directas, sino situaciones de violaciones a las garantías constitucionales, judicialización de la política, y tantas otras complejas tramas entre el poder judicial, el sector

---

<sup>10</sup> En la conferencia que sugerimos, Atilio Boron: Lawfare y golpes blandos <https://www.youtube.com/watch?v=01eTV0cl9jo>, se describen claramente como el gobierno norteamericano, así como los distintos espacios de pensamiento de aquel país del norte, se apadrina y prepara a políticos, jueces y periodistas de toda Latinoamérica americanos a través de fundaciones, universidades, etc.

financiero y los medios de comunicación. También el glosario de la temática nos refiere a Golpes blandos o suaves o *impichment*, tal como fuera trabajado por el filósofo norteamericano del establishment, Gene Sharp.<sup>11</sup>

Algunos Aspectos Fundamentales Involucrados En El Dispositivo Del *Lawfare*. El Rol De Los Aparatos Judicial y Comunicacional

*El dispositivo del lawfare tiene como actores fundamentales al poder judicial, al poder político nacional y a los medios de comunicación hegemónicos; permitiendo reestablecer y afianzar las relaciones de dominación del imperio y soslayar cualquier posible vuelta al gobierno de líderes progresistas opositores con probabilidades porcentuales importantes.*

En una primera cuestión, las élites se adueñan del control del aparato del Estado, colocando en espacios clave a operadores jurídicos dotados capacidades técnicas (abogados, jueces, fiscales) quienes se encuentran vinculados al poder de turno, y que tendrán como tarea atacar al adversario político o bien prevenir situaciones hostiles que puedan emanar de aquellos.

Se produce una situación de una **doble vara** en la tarea de mensurar: si bien pueden salir a la luz varios casos de corrupción, se decide escudriñar de cerca a algunos, mientras se invisibiliza o se desestima a otros. Esta doble vara la administran tanto los medios de comunicación, como el poder judicial, ya que ambos toman una decisión eminentemente política, respecto de cuales temas tratar y cuales desatender.

Por otro lado, encontramos que todo esto sucede en el marco de un proceso de recorte del Estado y lo público (ajuste estructural) impulsado en Latinoamérica desde principio de los años ochenta, por las instituciones financieras internacionales y los diferentes organismos bilaterales

---

<sup>11</sup> Gene Sharp, el ideólogo de las revoluciones pacíficas, es un filósofo conocido en todo el mundo por su defensa de la no violencia como herramienta para derrocar el poder dictatorial, fue nominado al Premio Nobel de la Paz en el año 2009.

estadounidenses, proceso que además incluyó la reforma jurídica como parte de una importante cruzada para corregir la supuesta ineficiencia del Estado.

Se sostiene que la corrupción en el Estado debe ser eliminada apelando a pretendidas buenas prácticas del sector privado (lucha anticorrupción por la eficiencia y transparencia) desplazando así la lógica de lo público, asociada al derroche y a la mala gestión de los sectores político-militantes de las estructuras político-partidarias, en el marco de una apuesta a la formación de técnicos (apolíticos). Esta persecución judicial se ha exacerbado contra funcionarios de gobiernos donde el Estado recuperó su protagonismo en materia económico-social, agrandando al Estado y revalorizando lo público. A su vez, la corrupción va ocupando los primeros puestos entre las principales preocupaciones de los latinoamericanos.

La maquinaria mediática representada por los medios de comunicación masivos y concentrados: operan como una especie de periodismo de guerra de modo transversal a estas dinámicas, manipulando la opinión pública al magnificar algunos casos e invisibilizar otros, a la vez que construyen sentido, y en consecuencia manufacturan un consentimiento respecto de la corrupción como patología del Estado y de lo público, a diferencia de lo que serían las buenas prácticas de lo privado.

A su vez el sector privado y privado público que interviene de modo directo o indirecto según sea el caso, tiene como misión reproducir la hegemonía de ciertos sectores como el capital concentrado, los monopolios y los oligopolios

### **Lawfare *En Argentina***

*Existen algunos casos emblemáticos en nuestro país, particularmente la muerte del Fiscal Alberto Nisman, la denominada causa vialidad y más cercano en el tiempo la denominada causa cuadernos.*

El primero de los mencionados condujo a una fuerte desestabilización del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner casualmente en el año 2015, de las elecciones presidenciales en Argentina. Se culpó a la presidenta del asesinato de Nisman, sin que hubiera pruebas fehacientes y sólo sobre la base de presunciones difundidas insistentemente por el sector mayoritario de la prensa.

Natalio Alberto Nisman había llevado adelante la investigación sobre el atentado a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) sucedido en 1994, el cual desde un inicio fue atribuido a supuestos terroristas iraníes.<sup>12</sup>

Sin embargo, desde el caso AMIA hasta la muerte de Nisman hay mucha información poco conocida que vincula a la Argentina con la geopolítica de Estados Unidos en Medio Oriente, pues entre otras irregularidades, hay pruebas de que Nisman informaba periódicamente de los avances de la investigación a la Embajada estadounidense en Argentina. De eso hablaron poco los medios y se centraron en la denuncia que había hecho el Nisman a la presidenta Cristina F. de Kirchner por haber ayudado supuestamente a obtener la inocencia de los supuestos perpetradores del atentado a la AMIA, en complicidad con el gobierno de Irán, a cambio de beneficios comerciales y políticos. Meses después, en mayo de 2015, la Cámara de Casación emitió un dictamen en el que rechazaba las acusaciones contra Kirchner y otros dirigentes afines al oficialismo alegando inexistencia de delito.<sup>13</sup> No obstante, desde un principio la prensa criminalizó a la presidenta, de modo tal que ni siquiera el resultado del proceso judicial logró revertir esa imagen y que se materializó, por ejemplo, en la consigna “todos somos Nisman”.

---

<sup>12</sup> Vale destacar que rápidamente la prensa descartó otras hipótesis, entre ellas la responsabilidad Israelí-Norteamericana, la culpabilidad de grupos Sirios; la implicación de bandas de narcos aliadas de la policía bonaerense, <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-263984-2015-01-15.html>  
<https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-41503-2004-09-25.html>

<sup>13</sup> <https://www.elmundo.es/internacional/2015/05/13/55528222268e3e75328b4572.html> La justicia argentina archiva la denuncia de Nisman contra Kirchner.

Desde la iglesia católica el papa Francisco ha criticado sistemáticamente el uso del *lawfare*, manifestando su preocupación *"...por una nueva forma de intervención exógena en los escenarios políticos de los países, a través del uso indebido de procedimientos legales y tipificaciones judiciales"*.

Esto lo dijo el Papa en junio del año 2019, en ocasión del cierre de la Cumbre Panamericana de jueces en el Vaticano, identificando al *lawfare* como "... un mecanismo para perseguir judicialmente y encarcelar a dirigentes políticos contrarios a los dictados de las autoridades gobernantes..." "...El *lawfare*, además de poner en serio riesgo las democracias de los países, generalmente es utilizado para minar los procesos políticos emergentes y propender a la violación sistemática de los derechos sociales...", manifestó el sumo pontífice.<sup>14</sup>

### Recorrido Socio Histórico Sobre La Dependencia Latinoamericana

*"...Con la invasión colonial en 1492 se impuso un sistema de dominación articulado basado en la exclusión de las grandes mayorías de la población. Permitiendo la concentración político económico que abastecía a los países colonizadores, estableciendo las bases para el sistema de acumulación originaria del capital..."*<sup>15</sup>

La instauración del Estado Moderno en los países latinoamericanos favoreció las relaciones de explotación, potenciando a las oligarquías. El modelo económico de estas en connivencia con las economías centrales afianzó la desigualdad.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> "...Me preocupa constatar que se levantan voces especialmente de algunos doctrinarios que tratan de explicar que los derechos sociales ya son viejos, están pasados de moda y no tienen nada que aportar a nuestras sociedades de este modo confirman políticas económicas y sociales que llevan a nuestros pueblos a la aceptación y justificación de la desigualdad y de la indignidad la injusticia y la falta de oportunidades tangibles y concretas detrás de tanto análisis incapaz de ponerse en los pies del otro y digo pies no zapatos porque en muchos casos esas personas no los tienen ..."

<sup>15</sup> Ansaldi, W. y Giordano, V. (2012), América Latina. La construcción del orden. Buenos Aires: Ariel. Tomo 1 y 2.

<sup>16</sup> Ansaldi, W. y Giordano, V. (2012), América Latina. La construcción del orden. Buenos Aires: Ariel. Tomo 1 y 2.

Se fortalece así la dependencia, y contestes con las afirmaciones de Aníbal Quijano se puede decir que, hay *“...una relación umbilical entre los procesos históricos que se generan a partir de América y los cambios de la subjetividad o, mejor dicho, de la intersubjetividad de todos los pueblos que se van integrando en el nuevo patrón de poder mundial. Y esos cambios llevan a la constitución de una nueva subjetividad, no sólo individual, sino colectiva, de una nueva intersubjetividad...”*.<sup>17</sup> Dicha conformación de la intersubjetividad es objeto de construcciones simbólicas que se diseminan en los diversos campos del quehacer humano, como la literatura, las ciencias sociales, etc.<sup>18</sup>.

Resultado de estas estructuras económico, sociales, políticas así determinadas históricamente, se van desarrollando con mayor o menor tensión, dependencia e independencia en especial con el imperio norteamericano que en el siglo XX se encontraba en franca confrontación con la URSS por la hegemonía mundial.

En medio de ello aparecen procesos de corte populista y con fuerte identidad nacionalista y antimperialista. Lázaro Cárdenas del Río, Juan Domingo Perón y Getulio Vargas; los movimientos revolucionarios en Bolivia, Guatemala o Cuba son ejemplo de ello.

Frente a ello, EEUU buscó mantener su predominio en su patio trasero, a partir de procesos injerencistas, propiciando dictaduras en complicidad con las oligarquías locales, a fin de evitar formas de avance político- económico socialistas y/o comunistas. James Dunkerley hace referencia a la situación teniendo en cuenta la cruzada de Joseph Mc Carthy contra toda postura antiimperialista y, con respecto a la revolución boliviana

---

<sup>17</sup> Quijano, Aníbal (2000): “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander, La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas, UNESCO-CLACSO, Buenos Aires.

<sup>18</sup> Beigel, Fernanda (2006): “Vida, muerte y resurrección de las “teorías de la dependencia”, en AAVV, Crítica y Teoría del pensamiento social latinoamericano, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, pp. 289 - 290.

destaca, “...la alarma de Washington ante la posibilidad de una ocupación comunista en un Estado situado en el corazón de América del Sur y en los límites de otros cinco países que incluían a la Argentina de Perón..”.<sup>19</sup>

Restauradas las democracias del cono sur, estas vinieron acompañadas del neoliberalismo, ahondando los niveles de desigualdad, al tiempo que se favorecía el individualismo. La monumental deuda externa y la interrupción del flujo financiero ha hecho que América Latina se convierta en exportadora neta de capital.<sup>20</sup>

Retomando a Waldo Ansaldi podemos afirmar que “...históricamente, la democracia se opone, en América Latina, a la dominación oligárquica, primero...”. Permittiéndonos entender porque después de las profundas crisis económicas neoliberales, surgieron gobiernos de corte progresista; que llevaron adelante cambios político económicos que mejoraron la calidad de vida de las mayorías y coartaron los proyectos estratégicos de los EEUU como el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que permitía a dicho país y sus empresas consolidar, profundizar y hacer irreversibles las políticas de ajuste estructural de las últimas décadas, pretendiendo establecer de una vez por todas la prioridad absoluta de los derechos del capital sobre los derechos de la gente.<sup>21</sup>

La expansión en América Latina de gobiernos progresistas impulsando políticas inclusivas y soberanas en el siglo XXI, fue percibida por Estados Unidos como una amenaza en la región, por lo que Washington, naturalmente desarrolló distintas estrategias de injerencia y desestabilización para recuperar su dominio regional, implicando dicho accionar, permanentes campañas para quebrantar tales democracias latinoamericanas.

---

<sup>19</sup>James Dunkerley. Rebelión en las venas. La lucha política en Bolivia (1952-1982). Ed. Plural 1987

<sup>20</sup> Quijano, Aníbal (2008), “Don Quijote y los molinos de viento en América Latina”, en: Ecuador Debate, Quito, Centro Andino de Acción Popular CAAP, N° 73.

<sup>21</sup> Lander, Edgardo (2004). “¿Modelos alternativos de integración? Proyectos neoliberales y resistencias populares”. OSAL, Observatorio Social de América Latina (año V no. 15 sep.-dic 2004). Buenos Aires: CLACSO

Dicho proceso enunciado se da en el marco de una época signada por el incuestionable control hegemónico de EEUU reflejado durante y a posteriori de la guerra fría, caído el gran faro disruptivo de ese discurso, que era la URSS. Sin pretender pronunciarnos al respecto, la crisis de hegemonía de EEUU es evidente. Los crecientes déficits fiscales y comercial, que lo han llevado desde el 2009 a ser el mayor deudor planetario, con aceleración de distintas contradicciones internas, y tantos otros problemas que lo han llevado a perder cierta credibilidad y falibilidad que poseía en su relación con las naciones del contexto latinoamericano.

Frente a esto, hay miradas de atención por ejemplo en el caso China, que mientras en 1948 participaba con el 0.9 % de las exportaciones mundiales, para el 2012 ascendió al 11.4 %, desplazándolo a Norteamérica, incluso en la tecnología de punta.

En dicha evolución económica del gigante asiático, se destacan la adquisición de nuevas capacidades tecnológicas y el desarrollo tecnológico que han sido las bases de su progreso y las que han hecho que hoy día los principales líderes chinos pongan énfasis en los megaproyectos, especialmente en temas militares, como la producción de armas nucleares y de satélites, que se suman a su industria de telecomunicaciones, y coloca al país asiático en la vanguardia de la industria aeroespacial. Al mismo tiempo, como dato no menor, China y Rusia se convirtieron en los mayores productores y tenedores de oro físico.

En igual sentido aparece el rol fundamental que cumplió en los acuerdos comerciales con países latinoamericanos por medio de las *commodities* donde se aumentó colosalmente el intercambio. El aumento de la demanda china estimuló una fuerte mejora en los términos del intercambio de la región, significando asimismo una mejora en los recursos fiscales para los países latinoamericanos, aunque no deberíamos olvidarnos de que ello también significó cierta desventaja porque re primarizó sus economías (soja,

recursos mineros, etc.) y deterioró las ventajas industriales que algunos países tenían en la región.

El ascenso vertiginoso de China y su falta de docilidad en las relaciones con EEUU, ha preocupado y preocupa a los estrategas norteamericanos. La cruzada de Trump por el tema comercial y tecnológica - caso Huawei-, la situación de desestabilización política de Hong Kong, así como la cuestión Taiwán, son todas cuestiones evidentes, sin contar el actual posicionamiento de los chinos con respecto al conflicto de Ucrania.

Lo descripto nos refiere un panorama geoestratégico que sitúa a Latinoamérica en un espacio de tensión, debido a la gran presencia de recursos estratégicos para el enfrentamiento geopolítico entre estas dos grandes economías china y estadounidense.

Sin embargo, en el corto plazo, la lucha por la hegemonía lleva al imperio norteamericano a utilizar distintas herramientas, ya no solo las militares y económicas, sino una fuerte herramienta cultural e ideológica que es la fabricación y exportación hacia todo el mundo del llamado *American way of life*, entre otros.

En consecuencia, estos modelos de desestabilización, guerras de baja intensidad a los que venimos haciendo referencia, se transforman en elementos importantes para la injerencia norteamericana, y tal como afirma el politólogo norteamericano ya antes citado, Gene Sharp “...*la naturaleza de la guerra en el siglo XXI ha cambiado ...*” Nosotros combatimos con armas psicológicas, sociales, económicas y políticas.

### **Depreciar La Política: devaluar la comunidad**

Quizá el primer objetivo de este dispositivo<sup>22</sup> parecería constituirse en una vía jurídico mediática, aunque solapadamente política, para reinstaurar

---

<sup>22</sup> Un dispositivo, es una pieza o conjunto de piezas o elementos preparados para realizar una función determinada y que generalmente forman parte de un conjunto más complejo.

el neoliberalismo en toda nuestra región. Y para eso requiere necesariamente el recorte de las capacidades representativas de la democracia, dejando la toma de decisión política en manos de los tribunales que, justamente no son elegidos por el voto popular.

*“...En filosofía las cuestiones terminológicas son importantes. Como lo ha dicho un filósofo por quien tengo un gran respeto, la terminología es el momento poético del pensamiento. Esto no significa que los filósofos estén obligados a definir en cada ocasión los términos técnicos que emplean. Platón nunca definió el término más importante de su filosofía: idea. Otros, como Spinoza y Leibniz, prefirieron definir more geométrico su terminología. Mi hipótesis es que la palabra dispositivo es un término decisivo en la estrategia del pensamiento de Foucault...”.<sup>23</sup>*

Foucault utiliza este término con mucha habitualidad sobre todo a partir de los años setenta cuando profundiza la problemática de la gubernamentalidad o gobierno de los hombres.

En línea con la idea de Agamben, podríamos resumir que el dispositivo consiste en un *“...conjunto heterogéneo que incluye virtualmente cada cosa, sea discursiva o no: discursos, instituciones, edificios, leyes, medidas policíacas, proposiciones filosóficas. El dispositivo, tomado en sí mismo, es la red que se tiende entre estos elementos...”*, que además *“...siempre tiene una función estratégica concreta, que siempre está inscrita en una relación de poder...”* Y por último que como tal, el dispositivo *“...resulta del cruzamiento de relaciones de poder y de saber...”<sup>24</sup>*

Sin dudas en nuestro análisis, se nos aparece como verdadera meta de este dispositivo que estamos interpelando, la de lograr la devaluación de la política y lo político.

---

<sup>23</sup> Giorgio Agamben. Que es un dispositivo. Adriana Hidalgo Editora 2014

<sup>24</sup> Ídem anterior

## La Política Y Político

Se le atribuye a Bismarck, una frase que afirma que la política es el arte de lo posible. Si pensamos que lo posible implicaría un amoldarse a algo pre constituido, entonces nos tendríamos que resignar que se trata de una afirmación tan pobre como peligrosamente conservadora.

Lo posible, sin embargo, constituye una frontera que podríamos superar cada día, porque la política implica un instrumento de esos constantes avances y crecimientos cuando se orienta al bien de todos.

Expresiones del estilo de “*...son todos corruptos, son todos iguales, que vayan todos presos...*” parece que estarían invitándonos a no participar en política, a que de la política se ocupen otros y otras.

Y probablemente esa es la principal amenaza que debemos evitar, la de que nos quiten la política que nos permite emitir un voto, más allá de lo infinitamente minúsculo que pueda representar dicho acto, en medio de la inmensa implicación del funcionamiento de la sociedad. El voto como presión respecto de la responsabilidad de los gobernantes, del Estado y de quienes se deben hacer cargo de las necesidades y del bienestar de la mayoría, es un elemento para nada desdeñable, sino al contrario: necesario.

Las soluciones que posibilita la política son de una dimensión superior que las que pudieran surgir de un conjunto de jueces que no son elegidos, o las de un puñado de medios concentrados que nos muestran una realidad ficticia que solamente existe como proyección de sus intereses.

Las operaciones judiciales, y su poder, quebrantan a la sociedad civil y desgastan la concepción de justicia social propia de la democracia argentina. A fin de cuentas, en esa trama de desprestigio, la política queda como un accesorio desechable como herramienta de transformación de la realidad. Hemos intentado en el presente artículo a partir de la reflexión sobre el fenómeno del *Lawfare*, lograr que el concepto sea visible, pero además

entendible para la lectura y la comprensión, ello no sólo es un modo de pronunciarse contra la injusticia, sino también un modo de afianzar una defensa democrática desde la palabra.<sup>25</sup>

Problematizar el uso del lenguaje atendiendo el contexto político, social, cultural e ideológico, buceando en esta matriz que conformada entre ley-guerra-miedo, apuntala una idea: “*no te metas en política*”, y menos en política, para que dicho espacio no procure cambios, que pudieren implicar alcanzar la justicia social.

Ello así, refuerza el privatismo civil, que es el correlato individual de la privatización del Estado y lo público. De la misma manera, reivindica el componente antipolítico propio del neoliberalismo en un esquema de reactivación de prácticas del miedo, de persecución, sumadas al linchamiento mediático <sup>26</sup>

Junto con una renovada confianza en la política como herramienta de construcción social y diferenciada de buenos y malos usos, persiste entre los participantes una visión desconfiada y anti política, ligada al poder de arriba representado por el Estado y los políticos, y signada por modos facciosos de acceso a los recursos necesarios para el bien común.

Por último, debemos aceptar que muchas de las ideas con las que nos hemos moldeado, la Soberanía, el estado, el pueblo, el sujeto, la representación, la justicia social... son ideas en crisis, conceptos que

---

<sup>25</sup> Dijo la entonces senadora Cristina F. de Kirchner en noviembre de 2017: “...*El gobierno y sus aliados en el Senado buscan dos cosas. Una, amedrentar a la dirigencia política, social y sindical para que no haya voces verdaderamente opositoras a la segunda parte del plan de ajuste: precarización laboral, baja de las jubilaciones, impuestazo a los consumos populares y recorte de los recursos provinciales, entre otras medidas. La otra es distraer la atención de la sociedad argentina con un show mediático que permita ocultar el saqueo de la Nación y del bolsillo de los argentinos...*”

<sup>26</sup> ¿Lawfare o lawfear? La guerra judicial y el miedo. Silvina Romano y Camila Vollenweider. <https://www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/>

aparecían como muy firmes, y que empezaron a desvanecerse, como lo sólido que se disuelve en el aire.<sup>27</sup>

Chantal Mouffe retomando planteamientos de Elias Canetti<sup>28</sup> diferencia conceptualmente la política y lo político. La primera hace referencia a los mecanismos, a las formas mediante las cuales se establece un orden, se organiza la existencia humana que siempre se presenta en condiciones conflictivas; la segunda se refiere a una cualidad de las relaciones entre las existencias humanas y que se expresa en la diversidad de las relaciones sociales. Veamos textualmente el argumento de Mouffe: “...*Con ese fin propone (Canetti) distinguir entre -lo político-, ligado a la dimensión de antagonismo y de hostilidad que existe en las relaciones humanas, antagonismo que se manifiesta como diversidad de las relaciones sociales, y -la política-, que apunta a establecer un orden, a organizar la coexistencia humana en condiciones que son siempre conflictivas, pues están atravesadas por -lo político-...*”

Tal par de diferenciación es muy usual en la filosofía política. La política es lo común, lo que vulgar, mientras que lo político en cambio, es lo que le da sentido a la política, lo importante, lo trascendente. Esta distinción parece dejar a la política en una esfera secundaria, más ligado a la mera gubernamentalidad.

Sin embargo, produce cierta perplejidad que la noción de común, que uno podría poner en el marco de lo político, ya que atañe a todos, a la comunidad, parecería que solo pueda ser pregonado para la política, o sea para lo ordinario, administrativo, vulgar, y tomando frente a esto lo político un rol de central, esencial y medular.

---

<sup>27</sup> La frase está tomada del Manifiesto comunista de Marx y Engels, concretamente del capítulo en el que los autores se detienen a analizar y alabar el carácter dinámico de la burguesía, es decir, del capitalismo. La frase completa dice así: "Todo lo sólido se desvanece en el aire; todo lo sagrado es profanado, y los hombres, al fin, se ven forzados a considerar serenamente sus condiciones de existencia y sus relaciones recíprocas".

<sup>28</sup> Mouffe, Ch. (1999) El retorno de lo político. Barcelona: Editorial Paidós.

No obstante, también podríamos caer en el análisis contrario: que la política es lo importante, el vehículo para el logro de los fines sociales, mientras que lo político sería solo una mera representación de ideas, un campo de valores idealistas.

Observemos por un instante el interesante análisis de lo político que efectúa Carl Schmitt, autor cuya obra nació bajo el turbulento clima de la Alemania weimariana, y que constituye un hito en la teoría política del siglo XX. Tanto él como Martín Heidegger, ambos autores asociados con el pensamiento de las derechas, han considerado que es más importante la política, como gubernamentalidad, que lo político como esencia.

Así lo cree Schmitt<sup>29</sup> en su pensamiento, y sobre tal idea han trabajado algunos pensadores de la deconstrucción tales como Derrida, e incluso Etienne Balibar, Rancière, por nombrar algunos que participaban de tal punto de partida sostenido por el alemán.

Lo político es en ciertos autores, como en el último pensamiento de Ernesto Laclau, aparece funcionalmente tal como el equivalente a una ontología de lo social, como vertebrante de toda relación humana. Lo político sería para estos autores una abstracción general (de izquierdas) por oposición a la sociedad de mercado, consensual, etc., lideradas o enunciadas usualmente por los sectores de las derechas y o sectores conservadores.

¿Cómo pensar lo político entonces? ¿Como pretensión emancipatoria y medular o como dispositivo ordinario, administrativa y vulgar? ¿Cómo volver a centrar la visión de lo político dándole un mayor vigor a la mirada de lo político y atendiendo a esta diferenciación antes enunciadas? ¿Es lo político, lo ontológico o sea el ser, frente a la política en un sentido de ente o sea de

---

<sup>29</sup> Carl Schmitt .El concepto de lo político. Texto de 1932, con un prólogo Y tres corolarios. Ed. Alianza libros.1991

cosa, operación teórica que parecerían compartir tanto Heidegger, así como la y la última versión del populismo del pensamiento de Ernesto Laclau?

Lo que debería estar claro es que como abogados tenemos el deber de formarnos e interesarnos en la temática propuesta, para poder transmitir así, de una manera sencilla que concientice a la sociedad de este fenómeno de tanta instalación en Latinoamérica, y sobre todo frente a tanta desinformación. Pero además promover la discusión política para que este dispositivo judicial-mediático-financiero, sea tomado en cuenta en la agenda política de los gobernantes elegidos por el voto popular, a la hora de las necesarias reformas judiciales y universitarias, en lugar de dejar a que todo siga librado a lo que acontece en ese gran escenario de los medios de información que la sociedad en su conjunto sigue recibiendo, de manera silenciosa.

# Medidas adoptadas por los estados y la suscripción de tratados contra la corrupción de servidores públicos. Impacto en el derecho tributario.



*Patricia A. Cozzo Villafañe<sup>1</sup>*

## 1 - Antecedentes

El 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica se produjeron ataques terroristas los primeros dos ataques fue cuando dos aviones de pasajeros fueron secuestrados por Al-Qaeda y se estrellaron contra las conocidas torres gemelas en New York que fueran destruidas. El segundo ataque fue en Virginia y se dirigió contra el Pentágono cuando un avión se estrelló contra el edificio.

Como consecuencia de estos acontecimientos se dictaron leyes entre ellas una resolución que autorizaba al presidente al uso de la fuerza para combatir el terrorismo. George Bush podía dictar órdenes militares.

Estas normas restringieron muchas libertades por razones de seguridad nacional y a partir de allí tenía mayor atribución los órganos del Departamento de Justicia.

El presidente declara la emergencia nacional.

---

<sup>1</sup> Abogada. Especialista en Tributación Local. Miembro del Observatorio de Derecho Penal Tributario de la UBA. Miembro de AAEP. Miembro de la AAJC. Secretaria del Instituto de Derecho Tributario del Colegio de Abogados de Morón. Miembro del Instituto de Derecho Tributario de la FACA. Doctoranda en Ciencias Jurídicas con tesis en Derecho Penal Tributario. Autora de artículos de la especialidad. Coautora en 11 libros colectivos. Editorial Contexto y Olejnik de Chile y Bosch de España.

-Sobre la base a estas leyes se dispuso que los tribunales que carecen de jurisdicción para intervenir en los habeas corpus dictados a favor de extranjeros que se encontraban detenidos en las bases militares. O sea que se imponía la ley marcial imponiendo las leyes militares a los civiles.

Esta medida se aplicó en la guerra de la independencia, en la guerra civil, guerra de secesión y la segunda guerra mundial.

Si bien se extendió a la población sin tener en cuenta las disposiciones que surgen de la Convención de Ginebra.

Se formó una comisión para investigar el atentado formado por miembros de los partidos mayoritarios. Se buscó información en poder de las agencias y se buscaba determinar la responsabilidad del gobierno federal en el mismo. Por lo tanto, ningún empleado del gobierno nacional podía ser parte de la comisión.

De este análisis se puede inferir que a partir de este acontecimiento terrorista impactó en las políticas públicas de los Estados Unidos produciendo un giro en su política criminal.<sup>2</sup>

Si analizamos estas cuestiones en lo que a la globalidad se refiere podemos decir que a partir de allí se modificó las políticas públicas a nivel criminal en todos los estados del globo por medio de los tratados internacionales que los mismos suscribieron y las medidas de acción positiva que se dictaron en consecuencia.

## 2 – Nuevas políticas criminales

Habida cuenta y teniendo en consideración el acápite que precede se puede arribar a la conclusión que existen nuevas políticas criminales

---

<sup>2</sup> <https://www.researchgate.net/publication/2822174>. PEREZ SALAZAR Bernardo "Universidad Católica de Colombia".

que amplían el poder punitivo al punto tal que penalizan los actos preparatorios. Este poder se ve ampliado al punto tal que nos encontramos frente a nuevos tipos criminales creándose nuevos delitos y por otro lado surge un aumento de las sanciones respecto de los delitos ya existentes.

Esto pone en crisis las garantías constitucionales que siempre operaron como un límite tanto en lo que hace al derecho material o sustantivo y también en lo que es el Derecho procesal.

Estas nuevas políticas traen como consecuencia que se apliquen penas muy altas sin ponderar cual es el daño real se produce solo por la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.

Por medio de estas nuevas políticas se afirma en forma vaga e imprecisa que existe una puesta en peligro de la sociedad en su conjunto y a partir de esa visión se lesionan garantías que surgen del principio de legalidad al punto tal que en algunos medios se habla acerca de la flexibilidad del mismo.<sup>3</sup>

Otro modo de atentar contra las garantías o derechos constitucionales es mediante la llamada sustitución legislativa que ocurre por medio de las llamadas leyes penales en blanco o leyes incompletas que permiten la sustitución legislativa por Decretos, ordenes de servicio dictados por Órganos de la Administración que dependen del Poder Ejecutivo.

Hay quienes se encuentran convencidos que por medio de los cambios legislativos se pueden producir grandes cambios sociales.

---

<sup>3</sup> JIMENEZ DE ASUA Luis "Principios del Derecho Penal, la ley y el delito" Abeledo Perrot. Editorial Sudamericana . Impreso en Argentina Pag.425

Esto se debe a desde lo comunicacional se produjeron grandes mutaciones que impactaron en la sociedad y también en la seguridad y que hoy día existen nuevos intereses que deben ser tutelados teniendo en cuenta las nuevas realidades y eso hace que sea legítimo esa protección a través del derecho penal.

Esto es así ya que el Estado tiene obligación de generar los mecanismos aptos no solo para penar los delitos, sino que también debe evitar la fuga y salida de divisas por medio de los procesos elusivos. Por eso busca lograr esa protección por medio del derecho penal.

Estos cambios generaron una nueva forma de delincuencia ya que existe por un lado los delitos del derecho penal nuclear y por otro lado los delitos socio económico.

Tomando en cuenta que muchas de estas cuestiones no tienen solución se hizo menester por parte de los estados de dar respuesta a todo esto por medio de nuevas herramientas.

Los delitos socioeconómicos comenzaron a ocupar el centro de la escena.

Esta circunstancia hizo que haya una expansión del derecho penal en todo lo que hace la faz socio económica.

Antes estas cuestiones como por ejemplo la responsabilidad objetiva, el alcance del dolo y el principio de personalidad de la pena. Se debatía en los sitios especializados en el estudio de esta disciplina y hoy día trascendió ese ámbito.

También hubo diferentes posiciones desde lo que es la jurisprudencia, la evasión, la fuga del proceso a través de los regímenes de blanqueo o moratorias.

Se creó la Ley Penal Tributaria que duró poco tiempo en nuestro ordenamiento y fue la ley 23771 (B.O. 07-02-90) y que además tenía figuras que carecían de relevancia a los efectos de proteger la “ hacienda pública o la recaudación impositiva”.

Esta ley fue cambiada por la ley 24769 (B.O. 19-12-96) que siguió la corriente española, pero buscando eliminar algunos tipos penales mientras que en España se ampliaba la punición en lo que en materia tributaria se trata.

También se vio opacada por una tendencia que más que punir conductas típicas estaba orientada a la recaudación.

Luego el artículo 73 de la ley 25401 (B.O. 04/01/ 2001 Nro. 295599 prevé la fuga del proceso mediante el acogimiento a moratoria tanto impositivas como previsionales.

Se creó el fuero penal tributario lo que amplió la esfera de estos nuevos tipos penales. Estas leyes son las que fueron conocidas como “Paquete antievasión” que buscaban disminuir la evasión y el contrabando por medio de las leyes crearon la figura de la “Asociación ilícita fiscal” que se agrava cuando el delito se comete entre varias personas.<sup>4</sup>

Se agravó la escala penal de figuras que surgieron del Código Aduanero como el contrabando.

Pero por otro lado la ley 26476 (B.O.24-12-2008), permitió que los contribuyentes denunciados por delitos previsionales y tributarios puedan extinguir la acción penal por el acogimiento a estos planes de pago.

O sea que se puede afirmar que las leyes contaban con institutos regulados para la extinción de la acción penal por pago y también para

---

<sup>4</sup> BROND Leonardo G “Lavado de dinero. Responsabilidad de defensores por aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal” (año 2006) Editorial Hammurabi. Argentina Buenos Aires. Pág. 33 a 46

que se pudiera producir la fuga del proceso en algunos casos como la evasión simple.

O sea que el sistema punitivo como política criminal carece de racionalidad ya que solo es para disuadir a los contribuyentes de llevar adelante conductas que puedan ser calificadas como evasión.

Por un lado, las leyes establecen penalidades y por otro lado las mismas normas establecen blanqueos o amnistías. El legislador privilegió las necesidades recaudatorias por encima de otras finalidades que suelen ponderarse en términos de política criminal.

### **3 – Intercambio bilateral de información con Estados Unidos.**

El 5 de diciembre la República Argentina y los Estados Unidos de Norteamérica suscribieron un acuerdo de cruzamiento de información fiscal para de esta manera poder implementar el cumplimiento de la ley (FATCA) “Cumplimiento fiscal de cuentas extranjeras”. El objeto de esto es mejorar la valoración y el cumplimiento tributario a nivel internacional. Estos acuerdos bilaterales tienen por objeto el intercambio de información fiscal entre ambos estados.<sup>5</sup>

Esta ley es para poder luchar contra la evasión fiscal en el exterior. O sea que se puede deducir que la finalidad es la lucha contra la evasión fiscal en el extranjero.

Se debe concluir que primeramente se dictó una ley de blanqueo y amnistía en la República Argentina con la finalidad de lograr la repatriación de capitales. Luego y ante diferentes cuestiones siendo una de ellas el afán por regular los mercados de cambio a través de algunas políticas regulatorias que se establecen dentro de lo que es el derecho

---

<sup>5</sup> COZZO VILLAFañE, Patricia A. Revista El dial.com Revista Nro. 2 del año 2022. Dirigida por Pablo Garabina y AMENDOLA ARES Noelia en “Cruzamiento de información tributaria”.

aduanero y a través de diversas políticas que establece el Banco Central de la República Argentina para regular el tipo de cambio (ver fallo Cristaluix y las leyes penales en blanco) y normas referidas al Régimen Penal Cambiario y hoy día los diferentes tipos de cambio a efectos de gravar las exportaciones del mismo modo que en otros tiempos fueran los reintegros, entre otras causales.

Este acuerdo difiere del suscripto en el año 2016 ya que su modalidad es la de un intercambio masivo de información y no como el anterior que era persona por persona.

También existe la obligación de informar a Estados Unidos los activos en las cuentas de los ciudadanos argentinos residentes.

Esto recae sobre las cuentas de los argentinos que son residentes y que tienen depósitos en bancos de los Estados Unidos.

Esta es una medida para combatir la evasión fiscal en el exterior. Esta ley en Estados Unidos se promulgo en el año 2010. Existen dos modelos que son los siguientes IGA 1 y IGA 2.

El suscripto es el primero de ellos y entra en vigencia el 1 de enero de 2023. Esto se debe a que los bancos suministran los informes cuando se encuentra concluido el ejercicio fiscal. De ser así se accede a toda la información del ejercicio concluido y se puede acceder desde septiembre de 2021.

En el convenio Bilateral de 2016 los informes eran caso por caso y debía producirse solo a requerimiento.

#### **4 - Conclusión**

El cruzamiento de información tributaria debe ser una herramienta que utilicen los Estados para así poder lograr una mejor recaudación de

tributos y evitar el fraude fiscal y de esta forma y a través de las penalidades impuestas lograr desalentar las conductas disruptivas en materia de tributos.

Propuestas lograr consenso para así regular mediante el dictado de normas de acción positiva las fintech y el comercio electrónico y digital con el objetivo de obtener más transparencia y evitar el ciber delito.

Otra propuesta es la búsqueda de un consenso mundial para lograr una misma definición respecto a que delitos serán los delitos precedentes en los delitos de peligro abstracto como el lavado de activos para así facilitar la lucha de los estados contra el crimen trasnacional y la lucha contra el terrorismo. Y evitar también las lagunas del derecho o normas vagas y ambiguas.

Otra utilidad debe ser el tomar datos de la realidad y así poder mejorar las bases de datos de las administraciones tributarias y así lograr una mejor administración de justicia y equidad en lo que a impuestos se refiere, también poder recaudar para que los estados cuenten con los recursos presupuestarios para llevar adelante las políticas públicas y así lograr un sistema más justo.<sup>6</sup>

---

#### <sup>6</sup> BIBLIOGRAFIA

<https://www.researchgate.net/publication/2822174>. PEREZ SALAZAR Bernardo "Universidad Católica de Colombia"

Banco de Previsión Social (BPS) "Evasión de puntos de trabajo-año 2008-Actualización "Comentarios de Seguridad Social, Nro. 6 .Montevideo. República Oriental del Uruguay.

BROND Leonardo G "Lavado de dinero. Responsabilidad de defensores por aceptación de honorarios provenientes de un ilícito penal" (año 2006) Editorial Hammurabi. Argentina Buenos Aires. Pág. 33 a 46

COZZO VILLAFANE, Patricia A. Revista El dial.com Revista Nro. 2 del año 2022. Dirigida por Pablo Garabina y AMENDOLA ARES Noelia en "Cruzamiento de información tributaria".

JIMENEZ DE ASUA Luis "Principios del Derecho Penal, la ley y el delito" Abeledo Perrot. Editorial Sudamericana. Impreso en Argentina Pag.425

Arte de tapa Wesley Tingey <https://unsplash.com/es/@wesleyphotography> -

Juana Illia [juailia@gmail.com](mailto:juailia@gmail.com)

¿Querés comunicarte con nosotros? Escribí a [revistafilocam@gmail.com](mailto:revistafilocam@gmail.com)

Los volúmenes anteriores de Filocam se pueden descargar desde

<https://camoron.org.ar/filocam/>

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del Derecho del CAM ni de FILOCAM.

Todas las fotografías son propiedad de sus respectivos dueños, y son utilizadas con fines no comerciales. En su mayoría las imágenes utilizadas en este número han sido extraídas de Internet a los efectos meramente ilustrativos de los trabajos aquí realizados como así otras que componen el entorno de la publicación. No se pretende violar ningún derecho de autor si alguna de ellas tiene derechos reservados como algún texto favor comunicarse y se procederá a quitarla.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09

