

Revista **INserCIÓN**

Año II
Vol. II
2017



PRESENTACIÓN

Inserción es una revista de ciencias sociales, pensada como una publicación específica del Centro Interdisciplinario de Diseño, Gestión y Evaluación de Políticas Públicas y de la Coordinación de Carreras del Área de Licenciaturas de la Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

Esta iniciativa, que se integra al ponderable acervo de destacadas publicaciones de la Universidad Católica de Santiago del Estero, procura brindar un útil y valioso aporte al conocimiento, destinado al ambiente universitario especializado en la realidad internacional, la ciencia política, el derecho y sus cuestiones adyacentes y también a todos aquellos interesados en el tema.

La especificidad que caracteriza a su enfoque, propiciada por su definida cobertura temática, resulta complementada por una referencia a la dimensión regional. Precisamente, sin prescindir de su diversidad y de su vocación global, Inserción pretende reservarse también una cuota de reflexión para considerar la perspectiva sur.

Miguel A. Torres
Director

CUERPO

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DEL ESTERO SEDE CENTRAL
Av. Alsina y Dalmacio Vélez Sarsfield, 4200 Santiago del Estero, Argentina

RECTOR

Luis Eugenio Lucena

VICERRECTOR DE ADMINISTRACION

Luis Rezola

VICERRECTOR DE RELACIONES

Luis Alberto Guantay

FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS, SOCIALES Y JURIDICAS

DECANA

Liliana del Valle Abdala

SECRETARIA

Nelly del Valle Cordero

COORDINADORAS ÁREA DERECHO

Mirta Peralta de Allall

Lorna Margarita Luna Hernández de Lindow

COORDINACION AREA POSGRADO

Ricardo Gabriel Ávila

COORDINACION AREA LICENCIATURAS

Jorge David Sabasta

CENTRO INTERDISCIPLINARIO DE DISEÑO, GESTION Y EVALUACION DE POLITICAS PÚBLICAS

DIRECTOR

Ricardo A. del Barco

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR

Miguel Agustín Torres

SECRETARIO

Jorge David Sabasta

VOCALES

Martín Alejandro Gallardo

Eliana Quadrelli

Marcela Landriel Prieto

Nelly del Valle Cordero

Mirta Peralta de Allall

Pablo Hernández

CONSEJO ASESOR

Jorge José Torres

Claudia Zemán

María del Carmen Carpintero

Lorna Margarita Luna Hernández de Lindow

Santiago Isorni

Oswaldo Peiretti

Cristián Jara

Ricardo del Barco

Raul Castillo Argañaraz

Lucía Amín de Lavaisse

Silvia Carina López

Eva Inés Valev de Jensen

María Angélica Peralta de Aguirre

Ricardo Tahhan

Daniel Kobilansky

José Antonio Musso

DISEÑO EDITORIAL

Bruno Ignacio Migliorini

Tabla de contenido

PRESENTACIÓN.....2

CUERPO.....3

¿QUIÉN REPRESENTA AL CONCEBIDO EXTRAUTERINO? ENTRE LA TRADICIÓN Y LA INNOVACIÓN6

PALABRAS DE LA PRESIDENTA. EL POPULISMO EN LA ESTRATEGIA DISCURSIVA DE CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER.....30

LA INVERSIÓN DIRECTA DE CHINA EN ARGENTINA EN MATERIA DE HIDROCARBUROS. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL.....48

LA DISCUTIBLE COMPETENCIA FEDERAL DE LAS OBRAS SOCIALES71

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES83

Revista
INSERCIÓN

Año II
Vol. II
2017

**¿QUIÉN REPRESENTA AL
CONCEBIDO EXTRAUTERINO?
ENTRE LA TRADICIÓN
Y LA INNOVACIÓN**

Por: Susana Estrada

¿QUIÉN REPRESENTA AL CONCEBIDO EXTRAUTERINO? ENTRE LA TRADICIÓN Y LA INNOVACIÓN

Por: Susana Estrada¹

En aras de la autonomía humana, de la dignidad que exige, de que nos poseamos a nosotros mismos y no nos dejemos poseer por nuestra máquina, tenemos que poner el galope tecnológico bajo el control extratecnológico”

Hans Jonas, “Técnica, medicina y ética, 1997

RESUMEN

La persona del concebido, cualquiera sea el lugar de gestación, será el objeto de análisis en las fuentes romanas, en la legislación argentina, en algunas normas internacionales y fallos recientes de tribunales nacionales, extranjeros e internacionales.

El posicionamiento estará fundado en el respeto absoluto de la vida humana desde su inicio en la concepción, cualquiera sea el lugar en que ésta se produzca, hasta su fin natural, abierto ante las nuevas realidades y alerta frente a todo lo que pueda redundar en detrimento de la dignidad esencial de hombre cuando el desarrollo científico o tecnológico estén vacíos de valores morales.

El abordaje de este tema entraña profundas opciones bioéticas, pues exige el respeto por la autonomía de la persona de los progenitores siempre y cuando en ese ejercicio no se lesione ni se vulneren los derechos del concebido por vía extrauterina, porque el derecho es del niño a nacer y no de los padres a tener un hijo o a no tenerlo, y nunca puede ser invocado poniendo en riesgo la vida o la salud del ser humano más indefenso.

Estas prácticas incitan mas alarma que esperanza porque todo lo técnicamente posible no es, por esa sola razón, éticamente aceptable.

PALABRAS CLAVE: *nasciturus* – representación – avances – ciencia

ABSTRACT

The person conceived, whatever the place of gestation, will be the subject of analysis in the Roman sources in Argentina legislation, international standards and some recent rulings of international courts national, foreign and.

The position will be based on absolute respect for human life from its beginning at conception, whatever the place where it occurs, to its natural end, open to new realities and alert to anything that might be detrimental the essential dignity of man when scientific or technological development are empty of moral values.

Addressing this issue involves profound bioethical options, it requires respect for the autonomy of the person of the parents as long as in this exercise is not injured nor the rights of the unborn child via extrauterine be violated, because the right is the child birth and no parents to have a child or not have it, and can never be invoked putting at risk the life or health of human beings most defenseless.

These practices encourage more alarm than hope because everything technically possible is not for that reason alone, ethically acceptable.

KEYWORDS: *nasciturus* - rendering - progress – science

¹ Abogada, escribana, procuradora. Profesora en Universidad Católica de Santiago del Estero y Universidad Nacional de Tucumán. Investigadora categoría III del SCAIT, Universidad Nacional de Tucumán. Investigadora invitada en proyecto CONICET. Autora de numerosas publicaciones en Derecho Romano, su especialidad en docencia e investigación y en Bioética, especialidad en la que se desempeña activamente desde 1998.

Planteo de la problemática

La persona del concebido, cualquiera sea el lugar de gestación, será el objeto de análisis en las fuentes romanas, en la legislación argentina, en algunas normas internacionales y fallos recientes de tribunales nacionales, extranjeros e internacionales.

Reiterando la postura de anteriores trabajos (Estrada, S., 2008, pp. 151-165, , 2011, pp. 175 – 214; 2013, pp. 59 – 81) el posicionamiento estará fundado en el respeto absoluto de la vida humana desde su inicio en la concepción, cualquiera sea el lugar en que ésta se produzca, hasta su fin natural, abierto a las nuevas realidades, pero al mismo tiempo alerta frente a todo lo que pueda redundar en detrimento de la dignidad esencial de hombre cuando el desarrollo científico o tecnológico estén vacíos de valores morales.

Los problemas que plantea el desarrollo de la tecnología al derecho, son intrincados y espinosos y éste debe estar atento a los cambios y dar respuestas en tiempo oportuno, porque de lo contrario no logrará mantener el control y la paz social.

A lo largo del tiempo la comunidad científica trató de encontrar alternativas a las dificultades por las que atraviesan las parejas a causa de la esterilidad. El súbito avance de la medicina y la biología a partir de la segunda mitad del siglo XX dieron algunas respuestas abriendo nuevos horizontes. De allí que se deban alentar aquellas investigaciones pero respetando la dignidad intrínseca de la persona. Estas prácticas que traen esperanza y entusiasmo para los involucrados en situaciones de infertilidad a la vez incitan alarma e incertidumbre, porque todo lo técnicamente posible no es, por esa sola razón, éticamente aceptable.

El tema entraña profundas opciones bioéticas, pues exige el respeto por la autonomía de los progenitores siempre y cuando en ese ejercicio no se lesione la dignidad, ni se vulneren los derechos del concebido por vía extrauterina, porque no se debe perder de vista una razón primera: el derecho es del niño a nacer y no de los padres a tener un hijo o a no tenerlo.

Si el niño por nacer es persona respecto de la madre no es sólo eso, sino también y fundamentalmente es hijo y esta condición que para los padres entraña derechos pero también deberes, cambia por completo la perspectiva (...) Nadie puede válidamente consentir para que se mate a un ser humano, ni siquiera la madre que no puede decidir sobre una vida que no le pertenece ni aún cuando se encuentre en conflicto con la propia. (Zavala de González, M., 1983, 11)

Se debe orientar el progreso científico hacia una dirección que sea fecunda y benéfica para la humanidad y precisamente de estas noveles prácticas no se tiene tal certeza.

Breve historia de las técnicas de procreación asistida

La necesidad natural de proyectarse a través de sus descendientes llevó a que desde la antigua Grecia y la época imperial romana se comenzara a buscar mecanismos para solucionar el problema de esterilidad. Desde aquellos prístinos tiempos aparecieron intentos de procreación artificial en animales.

En el siglo II d.C. el ortopedista griego Sorano de Efeso a través de la disección humana conoció la posición del útero y aconsejaba ocluirlo con unguento durante la cópula para evitar la concepción, lo que denotaba un conocimiento acerca de los mecanismos de la fecundación humana. Sorano, de la escuela Metódica, sostenía que la embriotomía era una práctica reservada sólo para casos de urgencia, enseñanza de inestimable valor en el campo de la tocoginecología.

Uno de los primeros experimentos tuvo lugar en el siglo XVI cuando Marcelo Malpighi, investigador en histología y anatomía microscópica, experimentó en gusanos de seda. Luego en el siglo XVII el abate Lázaro Spallanzani experimentó en caninos y comenzó las primeras investigaciones sobre el congelamiento de espermatozoides.

En el siglo XIX se comienza a investigar en el ser humano. El primero antecedente data de 1790 cuando Thouret logró remediar la infertilidad de su mujer inyectándole líquido seminal propio. Luego los científicos Hunter en 1864 y Marion Sims en 1866 llevaron a cabo inseminaciones artificiales homólogas. Este último realizó cincuenta y cinco inseminaciones en seis mujeres, obteniendo como resultado un solo embarazo abortado, lo que se mantuvo en secreto por aquellas épocas. En 1884 Panscoast hizo la primera inseminación heteróloga y a partir de ese momento el método despegó en la práctica y en la literatura médica. En 1886 Mantegazza propuso la creación de bancos de semen congelado y en 1887 Dickinson practicó la primera inseminación artificial con semen de donante. (Sgreccia, E., 1996, pp. 399-400).

Sin embargo las experiencias en el campo de la fecundación *in vitro* en seres humanos comenzaron en el siglo XX. En 1961 Petrucci, en la Universidad de Bolonia, logró el desarrollo de embriones en un plazo de sesenta días. En 1972 Pierre Soupar en la Universidad de Vanderbilt fertilizó un óvulo humano *in vitro*, lo que generó encendidas reacciones. Finalmente en Inglaterra el 25 de julio de 1978 el médico Patrick Steptoe y el embriólogo Robert Edwards lograron el nacimiento de Louise Brown, conocida como el primer “bebé de probeta”, acontecimiento que causó estupor.

En 1984 en Canadá se lograron nacimientos de niños de madres biológicas distintas de las madres portadoras. En 1985 en Australia se dio el caso de una mujer inseminada artificialmente con semen congelado de su marido fallecido, siendo el primer caso de un nacimiento cuyo embrión había sido previamente congelado. Por esa época tuvieron lugar los primeros casos de alquiler de vientre.

En Argentina el método de fecundación asistida fue puesto en práctica en 1986 con el primer nacimiento de los mellizos Eliana y Pablo Delaporte con la intervención del equipo médico de Roberto Nicholson.

Estas nuevas prácticas generaron las más encendidas reacciones, aunque marcaron un nuevo rumbo sin retorno en las investigaciones científicas, no sin reconocer los profundos cuestionamientos de orden bioético que entrañan. A pesar de ello en 1984 se calculaba que nacían tres niños por día mediante dichas técnicas.

Si bien de esta reseña surgen las invenciones logradas en el ámbito científico y tecnológico, resulta imperioso que el derecho las regule a fin de mantenerlas en el campo de lo ético y de lo lícito y evitar desvíos que las conviertan en prácticas reñidas con el derecho natural que pongan en peligro la supervivencia de la especie humana.

El *nasciturus* en las fuentes romanas

Hay innumerables normas en las fuentes romanas que puedan servir de guía a pesar de la distancia temporal.

En Roma desde tiempo inmemorial las presunciones de paternidad: *pater est quem nuptiae demonstrant* y de maternidad: *maxim mater est quam gestatio demonstrant*, que generaban certeza basadas en un principio de exclusividad, hoy han sido desplazadas por presunciones derivadas de prácticas que crean incerteza.

El medio natural por el cual se ingresaba bajo la potestad del *pater* y por ende se adquiría la condición de miembro de la familia para los ciudadanos romanos era el nacimiento derivado de las *iustae nuptiae*, y así lo dice Gayo en las *Institutas* “*Item in potestate nostrasunt liberi nostri quos ex iustis nuptiis procreaverimus; (...) También están bajo nuestra potestad nuestros hijos, que hubiéremos procreado de justas nupcias; (...)*”. (García del Corral, I., 1892, Dig. 1, 6, 3).

Los principales efectos derivados de ese *iustum matrimonium* respecto de los hijos eran las relaciones de paternidad y filiación que generaban un vínculo entre el engendrado y su progenitor del que provenían ciertas consecuencias jurídicas como otorgar los derechos inherentes a la

paternidad, solicitar alimentos, representación en juicio, ser heredero, etc. Refiere Mainz al respecto (1892, tomo III, p. 97) que:

Marco Aurelio creó registros de estado civil, ordenando que todo padre debía declarar dentro de los treinta días el nacimiento de sus hijos ante los *praefecti aerarii Saturni* en Roma y ante los *tabularii publici* en las provincias. (...) Pero las fuentes no las mencionan, ya que en los pasajes que se encuentra la locución “[...] *declarte ad acta*” tiene una significación más genérica, refiriéndose, no sólo a las declaraciones de nacimientos sino a toda especie de declaraciones.

Sobre lo que no dudaron los romanos era respecto de la maternidad, incluso cuando se tratase de los hijos vulgos o naturales. La determinación de la maternidad era comprobada por si misma y quedaba constatada en el momento mismo del nacimiento pues la madre siempre era cierta, de ahí el principio sentado por Paulo. Y digo era, pues ahora con las técnicas de fecundación asistida este principio viene a desvirtuarse. La maternidad resultaba incuestionable, tal surge de un pasaje de Paulo en el Digesto.

(...) sed et si vulgo quaesitus sit filius, matrem in ius non vocabit, (...)

Paulus libro IV ad edictum.- (...) quia semper certa est, [negrita añadida] etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.

(...) aunque haya nacido del vulgono citará el hijo a juicio a su madre, (...)

Paulo; Comentarios al Edicto, libro IV.- (...) porque siempre es cierta, aunque hubiere concebido del vulgo; pero padre es el que demuestran las nupcias. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 2, 4, 4, 3 ; 2, 4, 5).

En cambio la determinación de la paternidad no podía ser comprobada por si misma sino por el matrimonio. Para dar certeza al instante de la procreación dentro del matrimonio en la legislación romana desde los inicios del derecho escrito en las XII Tablas, existía una disposición que fijaba en diez meses el mayor término de duración de la gestación y rehusaba la legitimidad del hijo nacido al décimo primer mes. No obstante la obligatoriedad de dicha norma, Aulo Gelio cuenta en *Noches Aticas* (2007, III, 16) que el emperador Adriano declaró legítimo a un niño nacido en el undécimo mes después de la muerte del marido de una *femina bonis atque honestis moribu, non ambigua pudicitia*.

Respecto a la legitimidad dice Paulo en el Digesto que todo hijo nacido entre el principio del séptimo mes después de la celebración y el fin del décimo mes después de su disolución, era legítimo y se presumía que era el marido el padre del hijo.

Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis ; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est iustum filium ess.

Está ya recibido por razón de la autoridad de doctísimo varón Hipócrates, que el nacer al séptimo mes es parto perfecto; y por eso se ha de creer, que el que de justas nupcias nació al séptimo mes, es hijo legítimo.(García del Corral, I., 1892 , *Dig.*1, 5, 12).

Esta presunción de legitimidad del hijo respecto del padre era una prueba acabada del reconocimiento de la existencia del *nasciturus*. Una de las primeras manifestaciones de ello germina con la creación del *curator ventris* para administrar todo lo inherente al *nasciturus* más allá de lo estrictamente patrimonial.

“Modestinus libro VII Differentiarum.- Ventri tutor a magistratibus populi Romani dari non potest, curator potest, (...).

Modestino; Diferencias libro VII.- No puede darse por los magistrados del pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador,(...)”. (García del Corral, I., 1892, *Dig.*26, 5, 20. pr).

Ulpiano en comentarios al Edicto le otorga entidad al *nasciturus* en el Digesto en el siguiente pasaje:

Non est ambigendum, quod plerumque et contra fiscum, et contra Rempublicam admitti debeant quidam, utputa venter, item furiosus, (...).

No se ha de dudar que muchas veces deban ser admitidos algunos aun contra el fisco y contra la república, por ejemplo, el vientre, y también el furioso (...). (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 37, 1, 12).

Pocas veces resulta tan claro el reconocimiento del *nasciturus* como en el texto de Gayo referido a los alimentos que el *curator ventris* debe establecer para la mujer, aunque ella tenga una dote con la que sustentarse.

Gaius, libro XIV, ad Edictum provinciale. Curator ventris alimenta mulieri statuere debet, nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur, quae ita praestantur, ipsi praestari, qui in utero est.

Gayo, comentarios al Edicto provincial, libro XIV.- El curador del que está en el claustro materno debe fijar los alimentos para la mujer, y no hace al caso que tenga dote con la que ella pueda sustentarse, porque se considera que los que en este caso se presta, se les prestan al mismo que está en el claustro materno. (García del Corral, I., *Dig.* 37, 9, 5, §).

Si bien a partir de la época del Bajo Imperio y por influencia del cristianismo se atribuyó automáticamente la paternidad de los niños nacidos en el matrimonio al marido de la madre por

aplicación de la fórmula consagrada por Paulo, también el *Corpus* instituyó tal presunción de legitimidad del hijo respecto del padre como una presunción *iuris tantum* pues el marido podía destruirla justificando la imposibilidad material de cohabitar con su mujer o su imposibilidad física para la unión carnal, conforme se expresa en el siguiente pasaje, categóricamente.

Idem libro IX ad Sabinum.- Filium eum definimos, qui ex viro et uxore eius naitur. Sed si fingamus abfuisse maritum, verbi gratia perb decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia, hunc non esse mariti filium (...). Sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate intervenire vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fiut, ut generare non possit, hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, filium non esse.

El mismo; comentarios a Sabino, libro IX.- Definimos que es hijo aquel que nace del marido y de su mujer. Pero si supiéramos que el marido estuvo ausente, por ejemplo diez años, y que después que volvió encontró en su casa un niño de un año, nos place el parecer de Juliano, de que éste no es hijo del marido (...). Pero me parece, y lo aprueba también Scaévola, que, si constare que el marido no yacía por algún tiempo con su mujer por razón de enfermedad o por otra causa, o que si el padre de familia tuvo tal enfermedad que no pudiera engendrar, este que nació en su casa, aunque lo sepan los vecinos, no es hijo suyo. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 1, 6, 6)

Como la presunción legal admitía prueba en contrario, el marido podía desconocer la paternidad de un hijo, aun cuando hubiere nacido en el tiempo estipulado según el saber de Hipócrates. En tal supuesto el derecho pretorio para asegurar el estado y los derechos del hijo, concedió a la madre una acción prejudicial de reconocimiento, la *actio de partu agnoscendo* mediante la cual el senadoconsulto Plauciano, de época de Vespaciano, en su segunda parte ordenaba a la mujer embarazada divorciada, notificar a su marido de tal condición dentro de los treinta días siguientes al divorcio, a fin de que controlara el curso del embarazo bajo pena de dar por reconocida la paternidad, dice Paulo en sus Sentencias:

Si mulier diuortio facto grauidam se sciat, intra tricensimum diem uiro denuntiare debet uel patri eius, ut ad uentrem inspiciendum obseruandumque custodes mittant: quo omissio partum mulieris omnimodo coguntur agnoscere.

Si una mujer, efectuado el divorcio, sabe que está embarazada, debe notificarlo al marido o al padre de éste en el espacio de treinta días para que envíen guardianes a examinar y observar el vientre, omitido esto, están obligados a reconocer totalmente al recién nacido de la mujer. (Irigoyen Troconis, M. P., 1994, P. S. XXIV, 5)

Así es que se estableció - pareciera que por una disposición imperial - el derecho del marido de hacer examinar el vientre de la mujer mediante las comadronas. A los efectos de comprobar la certeza de la gravidez, en el derecho clásico la manera que se adoptaba en la práctica era la de nombrar *iudex* a un experto en la materia, de manera que era juez y perito a la vez.

Quienes cumplían con este rol eran las parteras en las acciones de estado y de sucesión. Y para el caso en que éstas sustituyeran fraudulentamente a un recién nacido (*partus suppositus*) se estableció para ellas la pena máxima.

Si mulier se ex uiro praegnantem neget, permittitur marito uentrem inspiceret et uentri custodes dare.

Venter inspicitur per quinque obstetrices, et quod maxima pars earum denuntiauerit, pro uero habetur.

Obstetricem, quae partum alienum attulit, ut supponi possit, summo supplicio adfici placuit.

Necare uidetur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abiicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet.

Si una mujer niega estar embarazada del marido, está permitido al marido examinar el vientre y proporcionar guardianes para el vientre.

El vientre es examinado por cinco parteras y lo que la mayoría de ellas haya notificado se tiene por verdadero.

Se tuvo a bien, que la partera que se lleva a un recién nacido ajeno para poder sustituirlo, sea castigada con la pena de muerte.

Se entiende que mata no sólo el que ahoga al recién nacido, sino también el que lo abandona y el que le niega los alimentos y el que lo expone en lugares públicos por causa de una misericordia que él mismo no tiene. (Irigoyen Troconis, M. P., 1994, P. S. XXIV 7, 8, 9, 10).

Este último pasaje que también se encuentra en Digesto 25, 3, 4 se aplica a cualquiera que atenta contra la vida del recién nacido, sea la partera, la madre, el padre o cualesquiera otros. Adviértase que se equipara la muerte, al abandono o la exposición en lugares públicos. Entendemos que esta causal podría aplicarse por analogía a los que en la actualidad nacen por procedimiento de fecundación asistida y son abandonados o expuestos en los bancos de fertilización.

Un senadoconsulto de época de Adriano extendió estas disposiciones para el caso de disolución del matrimonio por muerte del marido, en cuyo caso la mujer debía comunicar el embarazo al *pater familias* del marido bajo la potestad del cual debía caer el hijo que había de nacer. En caso contrario ésta perdía el derecho de intentar la *actio de partu agnoscendo*. Dice Ulpiano en el Digesto:

Quia Plancianum Senatusconsultum ad eos partus pertinet, qui post divortium eduntur, aliud Senatusconsultum temporibus Divi Hadriani factum est, ut etiam si constante matrimonio partus sit editus, de adnoscendo eo agatur.

Como el Senadoconsulto Planciano se refiere a los partos que son dados a luz después del divorcio, se hizo en tiempos del Divino Adriano otro Senadoconsulto, para que

también si el parto hubiera sido dado a luz durante el matrimonio, se proceda respecto a su reconocimiento. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 25, 3, 3, 1)

En este supuesto el título IV del libro XXV del Digesto “de la inspección del vientre y la custodia del parto” (*de inspiciendo ventre*) regula con minuciosidad todos los recaudos que se debía tomar para el caso del nacimiento luego del fallecimiento del padre. En ese caso cumplían un rol trascendente las matronas a los efectos de certificar el producto del parto y asegurar la paternidad de ese hijo para asignársela al marido premuerto.

(...) Si mulier mortuo marito praegnantem se essedicet, his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive forum bis in mense denutiandum curet, ut mittant, si velint, quae ventrem inspicient. Mittantur autem mulieres liberae dumtaxat quinque, haeque simul omnes inspicient, dum ne qua earum dum inspicit, invita muliere ventrem tangat. (...). Mulier ante dies triginta, quam parituram se putat, denuntiet his, ab quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, ut mittant, si velint, qui ventrem custodiant. In quo conclavi mulier paritura erit, ibi ne plures aditus sint, quam unus; si erunt, ex utraque parte tabulis praefigantur. Ante hostium eius conclavis liberi tres, et tres liberae cum binis comitibus custodiant. Quotienscumque ea mulier in id conclave aliive quod, sive in balineum ibitcustodes, si volent, id ante prospiciant, et eos, qui introierint, escutiant; (...). Mulier, cum parturire incipiat, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum denuntiet, ut mittant, quibus praesentibus pariat. Mittantur mulieres liberae dumtaxat quique, ita ut praeter obstetrices duas in eo conclavi ne plures mulieres liberae sint, quam decem, ancilae, quam sex. Hae quae intus futurae erunt, excutiantur omnes in eo conclavi, ne qua praegnant sit. Tria lumina, ne minus ibi sint, scilicet quia tenebrae ad subiiciendum aptiores sunt. Quod natum erit, his, ad quos ea res pertinet, procuratoribusve eorum, si inspiciere volent, ostendatur. (...).

(...) Si, muerto su marido, dijere la mujer que está embarazada, cuide de hacérselo saber dos veces al mes a aquellos a quienes les interesara la cosa, o al procurador de ellos, para que envíen si quisieran, quienes inspeccionen el vientre. Mas envíense solamente cinco mujeres libres, e inspecciónenlo todas estas al mismo tiempo, con tal que ninguna de ellas toque el vientre contra la voluntad de la mujer, mientras lo inspecciona. (...) Treinta días antes que la mujer crea que ha de parir, hágalo saber a quienes les interesa la cosa, o a sus procuradores, para que envíen, si quisieran, quienes custodien el vientre. En la habitación en que la mujer haya de parir no haya más entradas que una; y si las hubiere, clávense con tablas por ambas partes. Hagan la guardia delante de la puerta de aquella habitación tres hombres libres y tres mujeres libres con dos acompañantes. Siempre que la mujer fuere a aquella habitación o a otra cualquiera, o la del baño, examíenla antes los guardias, si quisieran, y registren a los que en ella entraren; (...). Cuando la mujer comience a parir, hágalo saber a quienes les interesa la cosa, o a sus procuradores para que envíen personas en cuya presencia para. Envíense solo cinco mujeres libres, de suerte que además de dos parteras no haya en aquella habitación más mujeres libres que diez, ni más esclavas que seis. Sean registradas en la habitación todas las que hubieren de estar dentro, no sea que alguna esté embarazada. Haya allí tres luces y no menos, a saber, porque la oscuridad es más a propósito para la suposición de un parto. Muéstrese lo que naciere a quienes les interesa la cosa o a sus procuradores, si quisieran inspeccionarlo (...). (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 25, 4, 10)

Tales recaudos se consideraron imprescindibles, más con razón para el supuesto de que la mujer contrajera nuevas nupcias antes del plazo de prohibición fijado. Al respecto dijeron los emperadores augustos Graciano, Valentiniano y Teodosio dirigiéndose a Eutropio, prefecto del Pretorio:

Idem AAA. Eutropio P. P.- Si qua ex feminis perduto marito intra anni spatium alteri festinaverit nubere parvum (...), probrosis inusta notis, honestioris novilisque personae et decore et iure privetur, atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsalium vel indicio defuncti coniungis consecuta fuerat, amittat. (...).

“Los mismos Augustos a Eutropio, Prefecto del Pretorio.- Si alguna mujer , habiendo perdido a su marido, se hubiere apresurado a casarse con otro dentro del término de un año, (...), tachada con afrentosas notas, sea privada de la consideración y del derecho de persona honesta y noble, y pierda todo lo que de los bienes del primer marido había conseguido o por derecho de esponsales o por última voluntad del cónyuge difunto.(...).(García del Corral, I., 1892, *Cod.* 5, 9, 2)

La custodia del parto se concedía aún cuando se tratase de un esclavo, en reconocimiento del *nasciturus* y con la finalidad de prevenir la suposición de partos.

(...) si servís heres institutus fuerit, si nemo natus sit, Aristo scribit, hic quoque servuo, quamvis non omnia, quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio Praetoris esse concedenda. (...)

(...) si hubiere sido instituido heredero un esclavo, si nadie hubiere nacido, escribe Aristón, que asimismo en este caso se le ha de conceder al esclavo, a arbitrio del Pretor, aunque no todo, algo, sin embargo, respecto a la custodia del parto. (...)(García del Corral, I., 1892, *Dig.* 25, 4, 1, 13)

Así como la madre pudo entablar una acción de reconocimiento en virtud del senadoconsulto Plauciano, el hijo también podía exigir el reconocimiento de la paternidad, aun cuando el padre hubiera fallecido, mediante la *actio de liberis agnoscendo* que sólo tenía el alcance de imponer al padre la obligación de prestar alimentos, pero no le reconocía al hijo accionante los derechos inherentes a la paternidad, ni le impedía al abuelo negarle ulteriormente la calidad de hijo de familia. Ulpiano se pregunta:

Quid ergo, si quis post mortem patris nascatur avo superstite, in cuius potestate recasurus est, ut si ex filio eius susceptus probetur? Videndum, quid dici debeat; et certe probandum est, cum avo praeiudicium de partu agnoscendo similiter agendum.

¿Que se dirá, pues, si alguno naciera después de la muerte de su padre, sobreviviendo su abuelo bajo cuya potestad ha de recaer; que se haya de probar que fue habido de su hijo? Se ha de ver, qué deberá decirse; y ciertamente se ha de aprobar, que del mismo

modo se ha de ventilar con el abuelo la cuestión prejudicial sobre el reconocimiento del parto. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 25, 3, 3, 2)

En la misma dirección protectoria de la persona por nacer en materia sucesoria el pretor regulaba las medidas que debía tomar la viuda encinta respecto de las personas que pretendieran ser herederos del marido premuerto y le otorgó el derecho a obtener a favor del hijo por nacer, una posesión provisional de los bienes del difunto, mediante la *bonorum possessio ventris nomine*.

Ulpianus libro XVI ad Edictum.- Sicuti liberorum forum, qui iam in rebus humanis sunt curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sint, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte Edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem vice contra tabulas bonorum possessionis.

Ulpiano; Comentarios al Edicto, libro XVI.-Así como el Pretor cuidó de los descendientes que habían nacido, no descuidó tampoco, por la esperanza de que nacieran, los que todavía no habían nacido; porque también los amparó en esta parte del Edicto, poniendo al que está en el claustro materno en posesión en lugar de darle la posesión de los bienes contra el testamento. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 37, 9, 1, pr)

Para el caso de que el hijo del marido premuerto fuese impúber y otros herederos testamentarios o *ab intestato* le negaran la calidad de heredero y disputaran la herencia, se le otorgó mediante el edicto la *bonorum possessio ex edicto Carboniano* hasta la edad de la pubertad.

Ulpianus libro XLI, ad Edictum.- Si cui controversia fiet, an inter liberos, sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac sinulla de ea re controversia esset, et iudicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

Ulpiano ; Comentarios al Edicto, libro XLI.- Si a alguno se le promoviera controversia sobre si es del número de los descendientes, y fuera impúbero, se le da la posesión con conocimiento de causa lo mismo que si no hubiese controversia alguna sobre este punto y se difiere con conocimiento de causa el juicio para el tiempo de la pubertad. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 37, 10, 1).

El pretor equiparó la protección del impúber con la del *nasciturus* en materia de posesión de los bienes y consideró mas justificada la posesión para este último, no sólo por el derecho de la familia sino más aún por el derecho de la República.

Et generaliter, ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero Praetor dare solitus est, ex iisdem causis ventri quoque subnienere Praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus, quam pueri; artui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur; partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam Reipublicae nascitur.

Y en general no dudamos que por las mismas causas por las que el Pretor solió dar al impúbero la posesión Carboniana de los bienes, debe auxiliar el Pretor al que está en el claustro materno, con tanta más razón cuanto que es más digna de favor la causa del feto que la del impúbero; porque al feto se le favorece para esto, para que sea dado a luz, y al impúbero para que sea introducido en la familia; pues ha de ser alimentado este feto, que nace no solamente para el padre, de quien se dice que es, sino también para la República. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 37, 9, 1, 15)

En materia testamentaria, en la desheredación también se reguló lo inherente al *nasciturus* para que no quedaran dudas al respecto.

Nominatam autem exheredatus postumus videtur, sive ita dixerit: "quicumque mihi nasceretur", sive ita: "ex Seia", sive ita: "venter exheres esto"; sed et si dixerit: "postumus exheres esto", natus vel post mortem, vel vivo testatore non rumpet.

Más se considera que el póstumo fue desheredado nominalmente, si el testador hubiere dicho así: "cualquiera que me naciese", o así: "de Seya", o así: "el que está en el vientre sea desheredado"; pero también si hubiera dicho: "el póstumo sea desheredado"; el que nació o después de la muerte, o viviendo el testador, no romperá el testamento. (García del Corral, I., 1892, *Dig.* 28, 3, 3, 5)

Los textos transcritos, seleccionados de entre otros muchos de las fuentes, evidencian que tanto la legislación como la conciencia jurídica romana concebía a la persona por nacer como un ser independiente de la madre y merecedor de protección legal. De los pasajes en cita de las fuentes, puede advertirse la agudeza puesta de manifiesto por los romanos desde la más temprana época para proteger la vida desde el primer instante, para dar la mayor certeza a la paternidad, para evitar la sustitución del nacido, para poner a resguardo los bienes que por sucesión pudieran corresponderle al concebido, aún en el caso de que se hubiera tratado de un esclavo. Resguardaron sobre todo el derecho a la identidad del concebido con la inspección del vientre y custodia del parto, pero no descuidaron el aspecto patrimonial. Estaba minuciosamente reglada la misión de las comadronas en amparo de la identidad del concebido tomándose todos los recaudos, tal surge deparágrafo del Digesto transcrito. La preservación de la persona por nacer hacía al interés público que significaba para la República el nacimiento de un nuevo ser.

Hoy estas circunstancias han sido superadas con el examen de ADN que sustenta la identidad del concebido y a medida que éste se desarrolla va incrementando la posibilidad de distinguir inequívocamente la procedencia de una muestra, incluso cuando los potenciales donantes son gemelos monocigóticos gracias a la acumulación diferencial de mutaciones, aunque existen limitaciones, pues para ello se necesitará investigar al individuo en estudio y al/los supuestos progenitores. Utilizando los marcadores adecuados en calidad y cantidad, se podrá alcanzar una

certeza del 100% en las exclusiones, y del 99,99% en las inclusiones. Pero dicho método no resultará satisfactorio cuando se produzcan errores o fraude en la identidad de los embriones; en el mejor de los casos el protocolo de la cadena de custodia permitirá identificar al responsable. (Universidad Nacional del Nordeste, 2011).

Los romanos perfeccionaron una legislación tutiva para el concebido en el seno materno que no dejó ningún aspecto sin cubrir. Seguramente su pragmatismo evidenciado en esta detallada regulación plasmada en el *Corpus Iuris Civilis* para el concebido en el seno materno, no hubiera permitido la sanción de las leyes que sin solución de continuidad atentan contra la vida y ponen en duda la verdadera identidad del concebido fuera del seno materno. Eh aquí algunos interrogantes ¿en los procedimientos legalizados por la ley 26862 quién cumplirá el rol - que tan acabadamente cumplían las matronas romanas- para asegurar la legítima unión de los gametos, la transferencia de los mismos al útero de la mujer que corresponda, la implantación del embrión en el vientre de la mujer a quien pertenece el mismo, la identidad de los embriones que yacen en los bancos de fertilización, la paternidad y la maternidad de esos hijos?

Atendiendo a las circunstancias propias de la organización social, se tenía mayor sigilo para determinar la paternidad teniendo en cuenta el incipiente o nulo desarrollo de la ciencia. Como se infiere de los textos transcritos, los medios probatorios igualmente eran rudimentarios, y en consecuencia resultaba lógico que los romanos sólo encontraran como absolutamente certera la maternidad a diferencia de la paternidad, prevaleciendo en todo caso que el parto era la prueba idónea para determinar la maternidad. Va de suyo entonces que los jurisconsultos romanos fieles a su estilo pragmático y realista, se centraron en el hecho biológico incontrastable y empírico del nacimiento. Pero no sin reconocer que el *nasciturus* realmente existía y como tal gozaba de los beneficios que podía recibir. De ahí la regla enunciada por Gayo que enfatizaba: al concebido se lo tiene por ya nacido, dejando atrás el principio que formulaba que la persona de existencia física se inicia con el “nacimiento” y, remplazándolo por el de la “concepción”. Entre los tratadistas modernos que también se enrolan en la misma doctrina, se encuentra el destacado romanista italiano Catalano, P., (1990, pp.167-169 y 1997, p. 234) que rechazando la teoría de la ficción, sostiene “(...) que no tiene origen latino sino que es creación de la pandectística postsavigniana y postula la equivalencia ontológica entre el concebido y el ya nacido, lo que se encuentra plasmado en el libro I título V (*De status hominum*) y guarda analogía con el libro L título XVI (*De verborum significatione*)”.

El estatuto ontológico del embrión extrauterino, basamento para la regulación jurídica

La fecundación es un proceso continuo que se produce desde que el espermatozoide entra en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los dos pronúcleos de los gametos de los padres los que forman el cigoto, una nueva entidad biológica que no es la del padre ni la de la madre sino la de un nuevo ser que se desarrolla por sí mismo. Desde ese instante el embrión, que posee un componente genético único es exactamente el mismo que va a existir después, por lo tanto se trata de un ‘otro’, una persona en acto y no en potencia. Y para la protección legal tanto civil como penal no interesa el grado de evolución del embrión ya sea que el óvulo esté recién fecundado o lleve varias semanas o meses de evolución, ni el lugar en que haya sido fertilizado. Esta misma postura respecto a la naturaleza del embrión es la que indirectamente reconocieron las fuentes romanas porque si bien al *naciturus* engendrado en el seno materno no le otorgaron personalidad jurídica sino después del nacimiento, la legislación romana lo reconoció como tal al designarle el *curator ventris* para que velara por sus derechos sucesorios, al determinar su carácter de hijo legítimo o libre o ciudadano cuando la madre hubiere perdido entre ambos momentos la libertad o la ciudadanía o también para ejecutar la pena capital sobre la madre. Al respecto Catalano, P., sostiene:

Esta comprobación de la modernidad viene a confirmar que el *naciturus* (*in vitro* o *in vivo*) no resulta ser una víscera o parte del organismo de la madre, una *portio mulieri vel viscerum* como sostenía una corriente interpretativa de base germanizada –léase Savigny-, sino que estamos en presencia de un ser humano actual *qui in utero est* como afirmaba la conceptualización romano-ibérica de base naturalística en las que abrevaron Freitas y Vélez Sársfield. (1997, p. 228).

Ninguno de las TFA garantizan la dignidad de la procreación de la persona humana, en la medida en que ninguno refiere a la formación de la primera célula como el hito inicial del desarrollo humano. Para ello se emplean el término ‘concepción’ –intencionalmente convertido en ambiguo – o ‘fecundación’ – que no cubre la totalidad de los modos actuales según los que un ser humano podría comenzar a existir - . En todos ellos el embrión inicia su vida fuera del útero materno en condiciones que ponen en peligro su integridad y supervivencia y es el basamento para la obtención de una legislación represiva para quienes las practiquen porque inexorablemente conducen a la destrucción directa o indirecta de embriones, tales como el descarte de los no implantados, la crioconservación, el descongelamiento liso y llano, el uso de gametos provenientes de terceros, la reanimación de embriones descongelados, la utilización de embriones en experimentación.

No obstante, el respeto por la vida desde el instante de la concepción, se fortaleció por la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales. En diversos fallos se sostuvo que el

comienzo de la vida humana se inicia en la concepción y por lo tanto desde ese momento existe un sujeto de derecho.

En Argentina uno de los primeros pronunciamientos sobre la naturaleza jurídica de las personas concebidas fuera del seno materno y sobre la protección de los embriones supernumerarios, fue el de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal el 3 de diciembre de 1999 en los autos *Rabinovich, Ricardo s/medidas precautorias* que tramitaron ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 56. La Cámara modificó la sentencia de primera instancia y dispuso:

(...) 1°) modificar el pronunciamiento de fs. 119/121(...), 2°) disponer que (...) lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados (...) procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos (...), 3°) prohibir toda acción sobre los mencionados (...) que implique su destrucción o experimentación, 4°) ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos (...) se concrete con intervención del juez de la causa, (...) con la debida participación del Ministerio Público (...). (ED-185-412).

La aplicación de la TFA también ha recibido condena judicial en una valiosa sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del 15 de marzo de 2000 que consideró:

IX.Conclusiones: B) (...) durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo. (...) los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. (...) la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. (Nacion, 2001).

En mayo de 2011 la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes revocó la sentencia de primera instancia en los autos *L.A.C. c/Obra Social U. P. C.N.s/amparo*, que condenaba a la obra social a cubrir a una afiliada y su cónyuge, la totalidad de gastos, costos y demás erogaciones que requiriera un tratamiento de fertilización asistida. En la parte más relevante del fallo, la Cámara sostuvo:

(...) el deber de protección a la vida como bien constitucional impide que el Estado asuma políticas abortivas, fomente la manipulación genética, imponga controles de natalidad (...) ni la clonación, ni la destrucción de embriones, ni la interrupción del embarazo admiten ubicarse entre las conductas autorreferentes, aunque más no sea porque está de por medio la vida ajena. (Judicial, 2016)

Por su parte el Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo se pronunció a favor de la defensa de la vida humana. En el caso 34/10 *Oliver Brüstle vs. Greempeace e.V.* el 19 de octubre de 2011 reconoció la entidad del embrión humano desde el comienzo unicelular de su existencia, cualquiera fuera la modalidad de su génesis e independientemente de su viabilidad. Dijo que:

Constituye un «embrión humano» todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado. La sentencia declara que una invención biotecnológica debe ser excluida de la protección jurídica de las patentes cuando para su proceso haya requerido la previa destrucción de embriones humanos o bien use a éstos como material de base. (religionennavarra.wordpress, 2016).

Más recientemente el Tribunal Constitucional Español, el 25 de Junio de 2015 se pronunció en pleno en defensa del embrión en el caso del farmacéutico *Joaquín Herrera Dávila s/suministro de píldora del día después*, por estar demostrado científicamente el efecto antiimplantatorio del fármaco con el principio activo levonorgestrel, reconociendo el derecho a la objeción de conciencia del boticario y dejando sin efecto la sanción que le impusiera la Junta de Andalucía por no haberla dispensado.

(...) la sanción vulneró el derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa, que la Constitución reconoce (...) la evidencia indica que la píldora postcoital, no sólo puede actuar impidiendo la ovulación, sino también dificultando la implantación del embrión. (...) (Aznar, 2016)

Tanto pronunciamientos judiciales nacionales, extranjeros e internacionales que defienden la vida desde el instante de la concepción, otorgan entidad jurídica al embrión y consideran que las TFA atentan contra la vida humana.

Estado actual de la cuestión en el derecho argentino

El Código Civil Argentino vigente hasta el 31 de julio de 2015 fijaba el inicio de la existencia de la persona en el instante de la concepción, posición sustentada por espacio de cinco cuarenta y seis años, desde que Vélez Sársfield redactara la magistral obra en 1869.

En Argentina las TFA se aplicaron desde 1986 hasta 2013 sin ninguna regulación legal hasta que se sancionó la ley 26862/2013.

La doctrina venía aceptando pacíficamente que por analogía el inicio de la existencia en la concepción se aplicaba a los casos en que la fecundación se hubiere realizado fuera del seno materno. (Rivera, J., 1994, p. 408). En virtud de esa analogía, el embrión concebido mediante las técnicas de procreación asistida, aún antes de ser implantado en el claustro materno era considerado persona por nacer. El proyecto de código civil de 1998 mantuvo dicho criterio eliminando la expresión “en el seno materno”.

Pero los redactores del proyecto de reforma de 2012 haciendo caso omiso a los avances investigativos de la medicina y la biología, desconocieron el carácter de ser humano al embrión formado fuera del seno materno, en el período previo a la implantación, según la redacción originaria del proyectado artículo 19. Luego de encendidos debates se logró que se eliminara del art. 19 del proyecto originario el párrafo que fijaba el comienzo de la existencia del concebido fuera del seno materno en el momento de la implantación. Pero el párrafo suprimido del texto aprobado queda vigente tácitamente en virtud de lo establecido en los artículos 560 y 561 del mismo digesto jurídico que permite a la persona que se somete al uso de las técnicas de reproducción humana asistida retractarse del consentimiento prestado hasta el momento de la implantación del embrión, redacción idéntica a la del art. 7 de la ley 26862/2013.

Esto deja un sinnúmero de interrogantes sin respuesta: ¿qué hacer con los embriones supernumerarios que ya existen en los bancos de fertilización y con los que se siguen generando?, ¿dejarlos morir?, ¿darlos en adopción?, ¿disponer el cese de la crioconservación?, ¿qué disponer en caso de divorcio, separación o muerte de los padres?, entre otros muchos interrogantes, que generan nuevos escenarios éticos y legales. En la fundamentación del proyecto se justificaron tan graves omisiones en las llamadas “conductas autorreferentes” del artículo 19 de la Constitución Nacional. Tal justificación resulta inadmisibles para cobijar cuanto ensayo se les ocurra a médicos, a investigadores y a padres, porque está en juego la vida ajena, como lo sostuvo la Cámara de Apelaciones de Corrientes en 2011. Ello no hace más que contribuir a seguir deformando la conciencia social y a potenciar la mortandad encubierta de seres invisibles pero reales.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida es un derecho explícito, en virtud de los tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 y los que se ratificaron *a posteriori*. En tal sentido la Convención Americana de Derechos Humanos protege la vida desde la concepción, sin distingo alguno acerca del lugar en que ésta se produzca (art. 4 inc. 1). La Convención sobre los Derechos del Niño reiteró en el preámbulo lo que sostuvo la Declaración de los Derechos del Niño, que “(...) es niño todo ser humano menor de dieciocho años” (art. 1), haciendo la salvedad nuestro país al ratificarla mediante la ley 23849, que “ (...) el artículo 1 debe

interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano **desde el momento de la concepción** [la negrita es mía] y hasta los dieciocho años de edad” (art 2). Conforme la Convención, el niño tiene derecho a que se le garantice el derecho a la vida (art. 6), a preservar su identidad (art. 8), a su supervivencia y desarrollo, a conocer a sus padres y ser cuidados por ellos (art.7). (Tratados y documentos internacionales 2001).

Posteriormente la ley 26061/2005 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en su art. 2 declaró de aplicación obligatoria dicha Convención.

Por aplicación de dicha convención ninguna ley puede autorizar el descarte de embriones (derecho a la vida), la selección de embriones (derecho a no ser discriminado), la fecundación con gametos de terceros ajenos al matrimonio (derecho a la identidad y a conocer a sus padres), el acceso a la fertilización asistida por parte de mujeres solteras o solas (derecho a tener una familia).

La transgresión a estos derechos se ha legalizado con la sanción de la ley 26862/2013 que desconoció que la vida comienza con la concepción, incluyó la donación de gametos o embriones (art. 2), la crioconservación de gametos o de tejido reproductivo (art. 8), en abierta violación a aquella convención. Tampoco incluye entre sus previsiones recaudo alguno destinado a la prevención de la endogamia. Al respecto el Código Civil en el art. 564 permite revelar la identidad del donante mediante intervención judicial, lo que podría convertirse en un requisito de muy difícil aplicación para prevenir la endogamia. Lo puntualizado resulta incompatible con el derecho a la identidad consagrado en la Convención, que Argentina ratificó.

Ello evidencia un Estado claudicante en la defensa de la vida inocente, que ha cedido a presiones y a intereses de organizaciones internacionales que promueven, financian y por las que se canalizan estas políticas que atentan contra la salud y la vida.

El niño por nacer no sólo es persona respecto de la madre, sino que también y fundamentalmente es hijo y esta condición para los padres entraña derechos pero también deberes que debe garantizar el Estado (...). Nadie puede válidamente consentir para que se mate a un ser humano, ni siquiera la madre, que no puede decidir sobre una vida que no le pertenece, ni aún cuando se encuentre en conflicto con la propia. (Bach de Chazal, R., 2009, p. 56).

Nuestra propuesta

A despecho de la tendencia nacional e internacional que abogan en favor de las TFA, ocultando la verdadera finalidad perseguida, estimamos que la legislación debería prohibir el desarrollo de cualquier forma de fecundación extracorpórea y su consecuencia directa e inmediata, la crioconservación de embriones y establecer el condigno castigo para quien la contravenga. Sólo

así se garantizará el respeto por la vida del embrión y la supervivencia de la especie humana en condiciones de igualdad con la que se discierne a los restantes individuos de la especie humana.

No obstante como no se puede desconocer el sinnúmero de embriones crioconservados que se encuentran en los bancos de fertilización expuestos a una suerte incierta, sin vías de supervivencia seguras y expuestos a riesgo de muerte o a daños irreversibles en su integridad física, alguna solución se les debe buscar a través de la legislación. Ésta debería tener como pilares: a) el primordial derecho del embrión a nacer, considerándolo persona desde el primer instante b) “el desarrollo en un medio familiar constituido con la referencia conocida y segura de sus padres, para descubrir su propia identidad (...)”, (conclusiones Congreso Hispanoamericano de Familia, 1987, Año VII, Nº 37), c) la transferencia inmediata al útero de la dueña de los gametos para garantizar su supervivencia, d) la tipificación de las prácticas prohibidas y su punición. Para ello las normas legales deberían ser reformuladas en orden a garantizar la igualdad imperante en el art. 16 de la Constitución Nacional y acorde con los tratados internacionales con jerarquía constitucional que defienden la vida desde el primer instante.

Traemos a colación el fallo que ordenara hacer un censo de los embriones designando un tutor, lo que lejos de concretarse, se frustró. Estimamos que el fracaso radicó en la designación de un particular como tutor sin asignarle ninguna infraestructura de recursos humanos, ni materiales, ni económicos. En los hechos la figura del tutor no persuadió con la fuerza suficiente para hacer acatar el fallo de la justicia y las consecuencias están a la vista, según la propia opinión de quien promoviera la acción. (Rabinovich, R. D. s/medidas precautorias R., R. D., ED-185-412).

Estimamos que tomando como hilo conductor aquel fallo, que fue muy plausible en su intencionalidad pero se frustró en su ejecutoriedad; el derecho romano puede servir de norte para diagramar una figura jurídica en el campo del derecho público: el “defensor del concebido extrauterino” a la manera como en la Roma republicana se instituyó el defensor *civitatis*, para defender a las clases inferiores del municipio (*plebs*) de las vejaciones de los poderosos (*potentiores*) y de los abusos de los funcionarios. Tal como existen en nuestro país el defensor de ausentes, el defensor de pobres y el defensor de menores, en el ámbito de la organización judicial; y el defensor del pueblo elevado al rango constitucional por la Constitución de 1994.

Si bien en la actualidad es el Ministerio Pupilar a través del Defensor de Menores el que interviene en los casos en que se debaten cuestiones relacionadas con embriones originados mediante TFA –que son los menos- la mayoría de los casos se resuelven en el ámbito privado a merced de la ambición sin límites de los médicos que distorsionan la información para actuar sobre

la sensibilidad ética de los progenitores, ejerciendo un señorío sobre el destino ajeno, ya que determinan arbitrariamente a quien se le permitirá vivir y a quien se destinará a la muerte.

Esta figura sugerida tendría como misión representar al más indefenso del género humano, velar por los intereses personales y patrimoniales de esa inmensa cantidad de seres humanos que se debaten entre ser o no ser, asumir la custodia de los embriones crioconservados existentes -hasta que se logre implantar el último de ellos- y ejercer el poder de policía sobre desarrollo de tales prácticas.

De esta manera podrían mitigarse los desvíos de estos procedimientos reñidas con el derecho natural que pueden poner en peligro la supervivencia de la especie humana. Y

Ello ocurre cada vez que el ser humano se coloca a si mismo en el centro de la escena y termina dando prioridad a sus conveniencias circunstanciales y a todo lo demás lo vuelve relativo.

Volviendo al título de este trabajo, estamos persuadidos que no hay avance duradero sin afianzarse en las raíces, porque innovar no es romper con la tradición, sino incorporarse a ella y a partir de allí proyectarse más allá de los tiempos, pero sin apartarse de la razón natural.

BIBLIOGRAFÍA

- Andorno R., (1996), El derecho ante la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro, en *Cuadernos de bioética* N° O, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Arangio Ruiz, V. (1952), *Instituciones de Derecho Romano*, tr. J. Caramés Ferro, Buenos Aires: Depalma.
- Arias Ramos, J., (1947), *Derecho Romano*, Madrid: Revista de Derecho Privado
- Aulo Gelio (2007) *Noct Atticas: Antología*, tr. Francisco García Jurado, Madrid: Alianza Editorial.
- Aznar, J. T. (7 de Agosto de 2016). *ZENIT*. Obtenido de ZENIT: <https://es.zenit.org/articles/el-tribunal-constitucional-avala-la-negativa-a-dispensar-la-pildora-del-dia-despues/>
- Bach de Chazal, R., (2009), *El aborto en el derecho positivo argentino*, Buenos Aires: El Derecho
- Barra, R., (1996), *Protección constitucional del derecho a la vida*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Basso, D., (1991), *Nacer y morir con dignidad*, 3ª ed. ampliada, Buenos Aires: Desalma.
- Blanco, L., (1998), Algunas consideraciones a cerca del bioderecho en la Argentina en *Cuadernos de Bioética*, año 3 N° 2, Santiago: Tórculo Arte Gráfico.

- Beluscio-Zanoni, (1978), Código Civil y leyes complementarias, Buenos Aires: Astrea.
- Catalano P., (1990), *Diritto e persona*, Torino: G. Giappichelli.
- (1997) L'Inizio della persona nel sistema giuridico romanista en *Actualidad del Derecho Romano en el pensamiento de Giorgio La Pira*, Roma: Universidad de la Sapienza
- Código Civil y Comercial de la Nación, (2014), 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.
- Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, conclusiones (1987), Año VII, N° 37, Cáceres, España.
- Estrada S., (2008), La persona por nacer en el Corpus Iuris Civilis, en el Código de Vélez Sársfield y en el proyecto de Código Civil Argentino de 1998 en *Roma y Argentina, Diálogo de culturas*, Tucumán: ILLAC Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán.
- (2011), La protección del nasciturus: una evolución desde las fuentes romanas hasta el presente del derecho positivo argentino en *Revista Nuevas Propuestas de la Universidad Católica de Santiago del Estero* N° 49, Santiago del Estero: IDEART.
- (2013), La persona por nacer en las fuentes romanas y su proyección a la legislación argentina en *Revista de la Asociación de Derecho Romano de la República Argentina*, vol. VII General Roca, Río Negro, Argentina: Publifadecs.
- Fernández Sesarego, C., (2000), Persona por nacer en el Código de Vélez Sársfield y en el Código Civil Peruano de 198 en, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Córdoba.
- García del Corral, I., (1892), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger, Barcelona: Jaime Molinas.
- Gracia, D., (1991), *El estatuto del embrión en Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*, Madrid: Eudema.
- Irigoyen Troconis, M. P., (1994), *Paulo, J., Sentencias a su hijo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Investigaciones Filológicas.
- Judicial, C. d. (7 de Agosto de 2016). *Centro de Información Judicial* . Obtenido de Centro de Información Judicial : <http://el-pais.cij.gov.ar/nota-6807-Niegan-tratamiento-de-fertilizaci-n-asistida-por-no-estar-incluida-en-las-prestaciones-de-la-obra-social-.html>
- Mainz, C., (1892), *Curso de Derecho Romano*, tr. A.J. Pou y Ordinas, Barcelona: Molima.
- Mazzinghi, J.,(1978-C), Breve reflexión sobre la fecundación *in vitro* en *La Ley sección doctrina*, Buenos Aires.

- *Nacion*. (15 de Marzo de 2001). Obtenido de Nacion: http://www.nacion.com/sucesos/Voto-mayoria-Sala-Cuarta_0_422157799.html
- Ortolán, M., (1912), *Instituciones del Emperador Justiniano*, Madrid: Francisco Pérez de Anaya y Francisco Pérez Rivas.
- Proyecto de Código Civil de 1998, (1999), Tucumán: Centro Editorial Fundación Miguel Lillo.
- Rabinovich, R., s/ medidas precautorias, (1999) en ED-185-412, Buenos Aires.
- (2001), s/ medidas precautorias, *La Ley* 2001-C-824, Buenos Aires.
- (20009 s/medidas precautorias, *J.A.* 2000-III-630, Buenos Aires.
- Ratzinger, J.,(1987), Instrucciones sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación en *Congregación para la Doctrina de la Fe*, Buenos Aires: Paulinas.
- Reale, M., (1997), *Teoría tridimensional del derecho*, Madrid: Tecnos.
- *Religionenavarra.wordpress*. (7 de Agosto de 2016). Obtenido de religionenavarra.wordpress: <https://religionenavarra.wordpress.com/2011/10/20/historico-reconocimiento-por-el-tribunal-europeo-de-justicia-del-embrión-humano-desde-la-fecundacion/>
- Rinaldi, N., La personalidad del que está por nacer (Raíces romanísticas del art. 70 del C. Civil), en ED T-149, Buenos Aires,
- Rivera, J.C., (1994), *Instituciones de Derecho Civil, pte. gral.*, tomo I, 4° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Romeo Casabona, C., (1994), *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Schipani S., (2007), *Código Civil de la República Argentina 2007 traducido por Ildelfonso García del Corral de las fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Sgreccia, Elio, (1996), *Manual de Bioética, Instituto de Humanidades en Ciencias de la Salud*, México. Diana.
- Tertuliano, (2001), *Opera de anima*, Madrid: Akal.
- Tratados y documentos internacionales (2001), Buenos Aires: de Zavalía Víctor.
- *Universidad Nacional del Nordeste*. (12 de Marzo de 2011). Obtenido de Universidad Nacional del Nordeste: <http://www.fai.unne.edu.ar/bioética/genética>

- Vila Coro, M., (1995), *Introducción a la Biojurídica*, Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Zavala de González M., (1983), Aborto, persona por nacer y derecho a la vida en *La ley D-1126*, Buenos Aires.

Revista
INSERCIÓN

Año II
Vol. II
2017

**PALABRAS DE LA PRESIDENTA.
EL POPULISMO EN LA ESTRATEGIA
DISCURSIVA DE
CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER**

Por: Cecilia Meléndez

PALABRAS DE LA PRESIDENTA. EL POPULISMO EN LA ESTRATEGIA DISCURSIVA DE CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER

Por: Cecilia Meléndez²

RESUMEN

El trabajo tiene como propósito identificar los elementos del populismo en los discursos presidenciales de Cristina Fernández de Kirchner durante el periodo 2007-2011. El corpus de textos que serán objeto de nuestro análisis son transcripciones de los discursos pronunciados en actos públicos o frente a las cámaras en su mayoría relacionados con la implementación de políticas en los ámbitos de: educación, ciencia y tecnología, en tanto nuestro interés radica en identificar los principios organizadores de estas medidas que luego impactaron en la subjetividad de sus destinatarios.

PALABRAS CLAVES: *Discursos políticos, populismo, análisis de discurso*

ABSTRACT

The objective of this research is to identify the populist elements contained in Cristina Fernández presidential addresses during 2007-2011 period. The corpuses of texts that will be analysed are transcriptions of speeches made in front of an audience in public events or before the media. Most of the presidential addresses are related to policies implementation in the spheres of education, science and technology. The present study aim resides in the identification of organizational principles that later impacted on recipients' subjectivity.

KEY WORDS: *Political speeches, Populism, Discourse analysis*

RESUMO

O trabalho tem como objetivo identificar os elementos do populismo em discursos presidenciais de Cristina Fernandez de Kirchner durante o período 2007-2011. El corpus de textos que serão objecto da nossa análise são transcrições de discursos em eventos públicos ou na frente das câmeras em sua sobretudo relacionadas com a implementação de políticas nas áreas da educação, ciência e tecnologia, enquanto o nosso interesse reside em identificar os princípios de organização destas medidas, que, em seguida, atingiu a subjetividade de seus destinatários.

PALAVRAS-CHAVE: *discursos políticos, o populismo, a análise do discurso*

² Doctora en Ciencias Humanas. Prof. Adjunta de la Universidad Nacional de Catamarca, Argentina. Becaria Pos doctoral de CONICET. Integrante de Proyectos de investigación de la Universidad Nacional de Catamarca. ceciliamelendez.unca@gmail.com

Introducción

El presente trabajo, tiene como propósito, reconocer a partir de la lectura de los textos de Patrick Charaudeau, elementos del discurso populista, puestos de manifiesto en los discursos de la ex presidenta argentina Cristina Fernández de Kirchner. Seleccionamos algunos discursos pronunciados durante su primer mandato entre 2007 y 2011 relacionados con la implementación de políticas en los ámbitos de: educación, ciencia y tecnología, en tanto nuestro interés radica en identificar principios organizadores de estas medidas que luego impactaron en la subjetividad de sus destinatarios.

La decisión de abordar estos discursos, se origina en el estudio de un contexto histórico en el que las políticas sociales, coparon el centro de la escena y generaron álgidas discusiones sobre el sentido, pertinencia y finalidades de las mismas, en tanto que a nadie fueron indiferentes aun cuando no se estuviera vinculado directamente como beneficiarios o agentes de gestión de las mismas. Desandaremos en este artículo la reflexión sobre los discursos expresados en ocasión de anunciar, defender o promocionar las políticas llevadas a cabo por el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, la mayoría de ellas en coherencia con el llamado populismo.

Cristina Fernández de Kirchner, asumió la presidencia por primera vez en 2007 con el 45,29% de los votos siendo la primera mujer en cumplir ese rol mediante elecciones abiertas, luego fue reelecta en 2011 y concretó dos periodos consecutivos en Argentina pos dictadura. Ella instauró un uso particular del lenguaje forjado con ello un sello distintivo. El cual no se encuadra en el *ethos féminin* (Bonnafeous, 2002, 2003), es decir, que no ligó su femineidad a manifestaciones de benevolencia y solidaridad, ella se mostró como una política experimentada, su discurso tuvo una alta dimensión polémica con el cual construyó una identidad propia (Vitale, 2015).

Queda fuera de la discusión de este trabajo el planteo sobre la relación discurso-acción, aun cuando pueda entenderse que el discurso es un acto o que la palabra tiene carácter de acción o generadora en sentido performativo (Austin, 1962). Es decir, más allá de pensar si lo que se enuncia se traduce o no en acciones, si se dice una cosa y se hace otra. En todo caso asumimos que mediante el discurso se crea una realidad, se enuncia una visión de mundo. En este sentido pensamos en cuales son los impactos que producen las palabras en quienes las

receptan, especialmente en el plano subjetivo, para ello es que nos proponemos el siguiente análisis.

Sobre el discurso político

En este apartado nos avocamos a explicitaciones que nos permiten delimitar el corpus de textos que serán objeto de nuestro análisis. En primer lugar no reducimos el discurso político a lo enunciado por los funcionarios, mandatarios o políticos profesionales sino que entendemos que se incluyen en la situación comunicativa a todos los participantes o receptores como los ciudadanos, votantes, movimientos sociales, rivales políticos, porque son ellos quienes dan pautas para la emisión del discurso, aun cuando sean meros receptores unidireccionales de la comunicación (Van Dijk y Mendizabal, 1999) pero no son solamente los actores participantes son los que definen al discurso, sino también el contexto. Para no circunscribirse solamente a los actores, nos referimos como al contexto o situación a la escena en la que se cumplen los fines, metas y propósitos políticos ellos son: elaborar o influir en decisiones políticas, distribución de recursos, establecimiento de normas (Van Dijk y Mendizabal, 1999)

En esta apretada síntesis de consideraciones, sobre las particularidades del discurso político contamos como teoría de referencia a los trabajos de Patrick Charaudeau sobre el discurso político y sus características, principalmente el autor se refiere a una argumentación con fines persuasivos también señala: *la simplicidad, los tipos de razonamientos, la elección de valores, y los argumentos*. Algunas de ellas serán consideradas en el análisis posterior pero cabe destacar que, “en el flujo del discurso político todo se mezcla, y muchas veces es difícil diferenciar entre los diversos elementos que componen ese mecanismo de persuasión” (Charaudeau, 2009b: 284)

Dentro del estudio del discurso político hay por lo menos dos *tipos de razonamiento* causal. Uno, *ético*, que busca situar al individuo ante una elección moral (en nombre de la cual hay que actuar), en el otro tipo de razonamiento, el *pragmático*, se plantea una premisa que implica una consecuencia más o menos inevitable o prevé una meta. Busca situarlo ante una responsabilidad, qué medios utilizar para lograr sus fines (Charaudeau, 2009b).

En cuanto a *los valores* es importante que el político elija compartir con su público aquellos valores que se adecuen a los de la mayoría, o al menos a los que él imagina como tales, sin por ello contradecirse. Los cambios sociales históricos hacen cada vez más difícil vincular de manera fija los valores con opiniones, grupos o partidos. Tendremos en cuenta

que éstos pueden ser descritos según diversos criterios: a) el de los principios universales, igualdad y solidaridad; b) el de los principios de identidad con los valores de soberanía (nacional o regional); c) el de los principios que rigen la vida económica con los valores del beneficio, de derecho al trabajo y de equidad; d) el del progreso tecnológico para el bienestar de los individuos, pero contra sus efectos nocivos; e) el de los principios de la vida colectiva con los valores de la justicia equitativa, de seguridad de los bienes y de las personas; y, por último, f) el de los principios de la vida política con sus valores de honestidad (Charaudeau, 2009b).

El argumento del *presupuesto de evidencia*, que consiste en recordar al auditorio la fuerza de los valores que se comparten. Argumentos que remiten al *ethos* del orador un *ethos* de compromiso cuando el orador expresa su voluntad de actuar: los argumentos destinados a *dramatizar la escena* de la vida política recurriendo al universo de los afectos (Charaudeau, 2009b: 284).

El discurso político requiere de la *simplificación*; como condición necesaria para dirigirse a las masas, teniendo en cuenta que la recepción, está compuesta por individuos heterogéneos, con niveles dispares de instrucción, esto exige al político poner en relieve valores que puedan ser compartidos y sobre todo entendidos por la mayoría.

En lo que se refiere a la estrategia argumentativa y la estructura discursiva que están lógicamente imbricadas, aunque pueden variar suele basarse en polarizaciones antagónicas de valoración en la que se establece posiciones a partir de un “nosotros” o “nuestros” portador de cualidades positivas como intereses altruistas y de búsqueda del bien común, mientras que la posición de “ellos” o los “otros” se presentan como egoístas y de intereses mezquinos (Van Dijk y Mendizabal, 1999). Las generalizaciones y especificaciones también hacen parte de la estrategia argumentativa de contraste y ejemplo si se establece que dentro del “nosotros” se ha incurrido en una mala acción será tratada como un caso aislado, mientras que si sucede la posición de los “otros” será tratado como una regla general de eses grupo o posición lo mismo puede aplicarse en sentido inverso (Van Dijk y Mendizabal, 1999).

El recurso del uso de metonimias, metáforas e ironía ha sido muy abordado por su alta frecuencia y no podemos dejar de mencionarlo aunque siempre ligado a dar mayor fuerza a lo anterior sobre las valoraciones polarizadas, las especificaciones y generalizaciones de la antinomia “nosotros-Ellos” (Van Dijk y Mendizabal, 1999).

Las características descritas en cuanto a la estrategia argumentativa (Van Dijk y Mendizabal, 1999), además de los procedimientos de singularización, esencialización y analogía atribuidas al discurso político por Charaudeau, (2009a, 2009b) serán observadas en los discursos de Cristina Fernández de Kirchner.

El populismo en Latinoamérica y su discurso

Las teorizaciones sobre el populismo dan cuenta de la extensión y diversidad de sus manifestaciones, a través del rastreo histórico se identifica tres fases en las que se puede seguir la siguiente clasificación: el populismo temprano (1900 a 1920), el populismo clásico (entre los años 30 y 50) y el populismo tardío (surge en la década de los 70) en cada una de ellas se desarrolla un tipo diferente de populismo (Drake, 1982). Pero aún en sus más diversas expresiones el populismo mantiene algunos rasgos comunes, que los investigadores pueden reconocer, entre ellos, es una cualidad propia del populismo introducir referencias y medidas de auxilio hacia los desfavorecidos. Esta impronta, suele desplegarse a la vez como paternalista y anticapitalista, eligiendo como destinatario de sus acciones y discursos a estos sectores de la población.

En América Latina el populismo clásico se manifiesta a partir de los regímenes de los años cincuenta: con el surgimiento de figuras que impulsaron movimientos populares en torno a ellos como Juan Domingo Perón y el *peronismo* en Argentina, Getulio Vargas y el *getulismo* en Brasil, luego en estos países tuvieron lugar otras formas de populismo. Es importante señalar que estos regímenes comparten un contexto de modernización y de enriquecimiento de las clases superiores que permite que se generen dos tipos de discursos: uno, a la vez paternalista y anticapitalista, dirigido a la clase obrera y a la clase media (el «Justicialismo» argentino al defender los derechos del trabajador); otro, autoritario, dirigido a las diversas capas de la sociedad que van desde el proletariado hasta el ejército, contra el imperialismo norteamericano (el chavismo). Se trata aquí de populismos que comparten el ser nacionales y populares. (Charaudeau, 2009a).

El fin de las dictaduras que asolaron la región fueron el punto de inflexión que permitió el resurgimiento de nuevas expresiones del populismo. Porque a pesar que los líderes del populismo y sus seguidores envejecieron o murieron durante las dictaduras, ellos fueron mucho más valorados por las nuevas generaciones de políticos que los invocaron para generar adhesión en los votantes

A fines del siglo XX y principios del siglo XXI coincidieron en América Latina un grupo de mandatarios cuyos proyectos de gobierno re versionan el discurso populista latinoamericano ellos son: Hugo Chávez (1999-2013), Ignacio Lula Da Silva (2003-2011), Néstor Kirchner (2003-2007), Evo Morales (asume su primer mandato en 2006 y en 2014 es reelegido hasta 2020) y Michelle Bachellet (2006-2010 inicia su segunda presidencia en 2014), algunos de los cuales tienen continuidad con los mandatarios mencionados, otros en cambio continuaron con otros representantes, en Brasil, Dilma Rousseff (2011-2016) y Argentina, Cristina Fernández de Kirchner (2007-2015).

Estos representantes surgen en un contexto en el cual las políticas neoliberales de los gobiernos precedentes dejaron una dolorosa huella en la población, que sufrió los embates de estas políticas económicas que sólo trajeron más pobreza y desigualdad a la región (Aridai Olmo Lorenzo, 2012). En un nuevo contexto de fuerte influencia de los medios masivos de comunicación y el auge de las redes sociales los cuales en algunos casos supieron usar a su favor y en otras fueron actores claves de oposición.

Los gobiernos que iniciaron se presentaron muchas veces como aliados, por ejemplo en el rechazo al ALCA, que fue el inicio de un periodo en el que se dio énfasis en la integración latinoamericana, por medio distintos acuerdos de la Unión de Naciones Suramericanas, un espacio integrado en lo político, social, cultural, económico, financiero y ambiental.

Cada manifestación de populismo presenta sus relieves particulares, por lo que establecer una comparación entre uno o dos representantes puede ser una tarea errática, al punto de perder el punto de referencia, es decir cada uno es populista pero no en el mismo sentido que lo es el otro. En síntesis no existe una única expresión del populismo, pero siguiendo a *Charaudeu, (2009a, 2009, b)* señalamos algunos puntos en común y sobre éstos realizaremos una lectura de los discursos de Cristina Fernández, con el propósito de identificar la utilización de estas estrategias discursivas en sus distintas expresiones.

Desde el marco teórico de referencia Charaudeu, (2009 a, 2009, b) al cual adherimos para nuestro análisis se establecen como elementos siempre presentes en el discurso populista algunas premisas estructuradoras que detallamos a continuación:

- Tiene como punto de partida exponer que la sociedad en pleno se encuentra en una *situación social juzgada desastrosa* y que el ciudadano es la primera *víctima*, puede ser una situación de *crisis económica social*, crisis identitaria y/o una moral.
- El líder populista intenta determinar un responsable, la *fuerza del mal* y adversario entre los cuales se encuentran la clase política, las élites aisladas del pueblo, las instituciones que habrían perdido toda autoridad y la burocracia, como fuente de todos los males.
- En sus discursos suele anunciar aunque de manera vaga qué *solución* puede ser aportada y *quién* puede ser el *portador*.
- Como en toda argumentación de discurso político, se tiende a la *exaltación de valores*.
- Suele anunciarse en los discursos la aparición de un *hombre/mujer providencial*, carismático, visionario, capaz de romper con el pasado y que será el salvador de la sociedad.

Es a partir de estas características distintivas y ordenadoras de la argumentación que realizaremos nuestro análisis del discurso, empleándolas como categorías conceptuales.

Algunas notas metodológicas

El análisis del discurso como propuesta metodológica de investigación social ofrece la posibilidad de captar dimensiones de la realidad social como la ideológica y la política (Vidrio, 2000). Entre las múltiples posibilidades y formas de realizar análisis del discurso, optamos por una posición empírica, es decir, que se orienta hacia la lectura del corpus de discursos políticos finalizados y estructurados, en este caso son reproducciones escritas de discursos pronunciados en el ejercicio de su función como primer mandatario, a través de categorías conceptuales que operacionalizan la comprensión de los mismos en términos teóricos y que son ejemplificadas abundantemente con fragmentos del corpus textual.

Los discursos seleccionados en el muestreo fueron pronunciados en distintas situaciones, en algunos casos altamente ritualizadas. Por ejemplo el primero de ellos fue en el

acto de asunción del mando en el Congreso de la Nación ante la Asamblea Legislativa, que constituye un evento sujeto a reglas, formas y rituales (Plut, 2009), otros discursos en cambio, quizá no tienen el carácter ritual del anterior, no obstante corresponden a escenas de un alto nivel de formalidad, por ejemplo: corresponden a ocasiones en que se inauguró obras, presentó programas, etc. A pesar de estas diferencias, consideramos que toda vez que se trata de discursos presidenciales, que son filmados, televisados o transmitidos mediante video conferencias, siempre tienen un carácter pautado sobre las cosas que se deben decir o hacer.

El trabajo de análisis está presentado en dos partes, primeramente siempre siguiendo a nuestro autor de referencia, identificamos los elementos claves del discurso político: *la simplicidad, los tipos de razonamientos, la elección de valores, y los argumentos*. Posteriormente nos abocamos a señalar los elementos del discurso populista: *Descripción de una situación de crisis y desorden social; Fuente del mal y su responsable; Solución aportada y el portador; Exaltación de valores; Hombre /mujer providencial, capaz de romper con el pasado*. En ambas partes señalamos la estrategia argumentativa de valoración polarizada del “Nosotros-ellos”, con generalización y especificación.

La grilla que se expone a continuación detalla los discursos analizados, la ocasión de los mismos y su fecha, los cuales fueron extraídos de la página de Casa Rosada, que contenía a la fecha del 14 de febrero de 2011 aproximadamente 972 discursos transcritos textualmente, los que se correspondieron con nuestro universo de análisis, en función de esto, se realizó un muestreo no probabilístico sino intencional, pero que pretende ser lo más representativo posible. Es por ello que se seleccionaron discursos sobre de tres ámbitos específicos, educación, políticas socioeducativas de inclusión y ciencia y tecnología, comprendiendo la cronología en el que fueron formulados, es decir, que abarcan todos los años de la ex presidenta al frente del ejecutivo, como se puede observar la selección incluye principalmente eventos como la inauguración de escuelas, la presentación de programas de inclusión educativa y la promoción de la ciencia y tecnología. En las que el contexto y la audiencia fueron diversos.

Incluimos además uno de los discursos en el marco la llamada *crisis del campo* pronunciado en el Encuentro por la Convivencia y el Dialogo y otro durante la cumbre Iberoamericana por considerarlos significativos en el primer periodo de gobierno de Cristina Fernández de Kirchner.

Cuadro N° 1 Detalle de los discursos analizados

Selección de discursos pronunciados por Cristina Fernández		
N ^a	Fecha	Ocasión
1	10 de diciembre de 2007	En el acto de asunción del mando en el Congreso de la Nación
2	19 de diciembre de 2007	En la inauguración del campus de la Universidad San Martín
3	27 de octubre de 2008	Acto de inauguración de la escuela media No. 14
4	01 de abril de 2008	Encuentro por la convivencia y el diálogo
5	11 de septiembre de 2008	En el Día del Maestro
6	02 de diciembre de 2008	Presentación del programa Raíces de repatriación de científico
7	04 de diciembre de 2008	Anuncio medidas económicas
8	16 de diciembre de 2008	Apertura de la XXXVI Cumbre del Mercosur
9	26 de marzo de 2009	Firma convenio Fondo Federal Solidario
10	14 de abril de 2009	Anuncio de las Becas del Bicentenario
11	21 de abril de 2009	Lanzamiento de pagos de becas
12	23 de julio de 2009	Jura de los nuevos funcionarios del área educativa
13	21 de agosto de 2009	Inauguración del jardín de infantes N° 963
14	01 de septiembre de 2009	Firma del convenio de asistencia financiera para investigación Científicas
15	03 de diciembre de 2009	Entrega de tarjetas para el cobro de la Asignación Universal por
16	21 de octubre de 2010	Presentación del Programa Argentina trabaja, enseña y aprende
17	24 de noviembre de 2010	Anuncios de gobierno desde el salón de las mujeres argentinas del Bicentenario
18	03 de diciembre 2010	Cumbre Iberoamericana
19	06 de octubre de 2010	Encuentro con integrantes de la comunidad científica argentina residentes en Alemania
20	21 de septiembre de 2010	Lanzamiento del Plan Más Escuelas II

Fuente consultada: <http://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos>

Análisis de la estrategia argumentativa en los discursos de Cristina Fernández de Kirchner

La serie de discursos seleccionados cumplen mayormente con el requisito de simplicidad, especialmente en las inauguraciones de escuelas y entrega de becas donde el auditorio está compuesto mayormente por estudiantes, aunque en algunos casos como en el anuncio medidas económicas la ex mandataria, hace referencia a índices, números, porcentajes, organismos de gobierno e instituciones con lo que suele complejizar su discurso, esto se corresponde con la imagen que construyó de sí como una política experta que señalamos configura su identidad propia (Vitale, 2015).

En cuanto a la polarización “Nosotros – Ellos” son abundantes los ejemplos que en este caso se articulan con los razonamientos éticos y pragmáticos presentes en los discursos populistas encontramos algunos fragmentos que dan cuenta de ellos y que transcribimos a continuación:

“...Quiero entonces convocar precisamente para esta tarea que nos debemos todos los argentinos...” 10/12/07

“...nuestra obligación - como universitarios - es devolverle al pueblo lo que éste nos ha dado y se lo tenemos que devolver en conocimiento y educación para que puedan vivir mejor, con más trabajo, con más salud. (APLAUSOS)...”19/12/07

“...Yo convoco a todos, a todos, aún a los que agravian e insultan, sólo les pido, si les hace feliz agraviarme síganlo haciendo, pero por favor no agravien más al pueblo, dejen las rutas para que se despejen y los argentinos puedan acceder a los alimentos, las fábricas a los insumos, los comercios a las mercaderías...” 01/04/08

La selección de valores presentes en los discursos de Cristina Fernández corresponde en algunos casos a los principios universales, igualdad y solidaridad por ejemplo:

“...comprometernos en ese objetivo, en lograr un país más justo, más equitativo, con mayor desarrollo...” 21/04/09

“...necesitábamos tener también modelos propios de crecimiento, con más justicia, con más equilibrio, con más igualdad, en donde no se frustraban las posibilidades de desarrollar también en nuestros países sus ciudades industrializadas, que produjeran valor agregado, que generarán trabajo, que generarán crecimiento. Y que además ese crecimiento y esa riqueza pudiera ser redistribuida entre sus habitantes...”03/12/2010

En este sentido los principios de identidad con los valores de soberanía regional fueron compartidos por otros mandatarios de Latinoamérica, quienes en conjunto sostuvieron

discursos en concordancia dando impulso a acciones concretas mediante políticas de inmigración e instituciones como UNASUR, en el caso de los valores de identidad regional. Los valores de soberanía nacional se articularon en la conmemoración del bicentenario que la presidenta enfatizó en distintos discursos.

“...absolutamente hecho por argentinos y para argentinos. (Aplausos) Representa nuestros valores, nuestras identidades culturales...” 17/09/10

“...América latina realmente tiene mucho para dar, muchísimo, es un país -yo digo un país porque lo considero casi una patria grande...”03/12/2010

En los discursos analizados en reiteradas ocasiones se pone de manifiesto el valor del progreso tecnológico para el bienestar de los individuos, pero contra sus efectos nocivos, se vincula la educación, la producción de conocimiento y tecnología casi siempre al desarrollo económico y productivo.

“...el sector universitario porque precisamente esa es la cantera de donde se saca el conocimiento para agregar valor que es en definitiva lo que te va a permitir el crecimiento económico...”13/09/10

“...es importante esta interrelación de la cual hablaba Lino, de la Universidad, el mundo de lo académico, el mundo de lo científico y el mundo de la economía. Pero también es conveniente que tanto el mundo de lo académico y de lo científico como el mundo de lo económico comprendan que, en definitiva, todo tiene siempre una profunda vinculación con la política...”06/10/10

La selección de principios de la vida política con sus valores de honestidad, pueden verse reflejados en algunos discursos a continuación algunas muestras:

“...No me canso de reiterarlo, pero es importante que los hombres y mujeres que tenemos responsabilidad política y que comunicamos a la sociedad, también cuando comuniquemos que le digamos a la gente la verdad en cuanto a la posibilidad de llevar adelante los planes que normalmente decimos y desarrollamos muchas veces con un sentido electoralista pero muy pocas veces con el sentido realista de poder hacer las cosas...” 11/11/09

“...Lo voy a hacer como siempre he hecho todas las cosas que he emprendido en mi vida: con mis convicciones, con mis ideas y, por sobre todas las cosas, con mi inmenso y eterno compromiso con la Patria...”10/12/07

“...Sepan, todos los que tengan que saber, que siempre he cumplido mi deber como ciudadana, como legisladora y lo voy a volver a hacer como Presidenta de todos los argentinos...”01/02/08

En lo que se refiere a la utilización de los procedimientos de esencialización y analogía señalaremos dos ejemplos, con respecto a la primera, cuando se condensa en la escuela o

universidad pública una serie de ideas, como: la igualdad, la movilidad social, la calidad. Es recurrente en los discursos analizados ésta figura a continuación algunos ejemplos:

“...hemos defendido a la educación pública...” 10/12/07

“...ustedes saben soy hija, como muchos de ustedes, de la universidad pública y gratuita...” 19/12/07

“...acortar la brecha que todavía tenemos de inequidad en la República Argentina. Y la escuela pública, la educación pública es uno de los instrumentos más adecuados para acortar esa brecha...” 21/09/10

“...recién los hijos de los trabajadores pudimos llegar a la universidad nacional pública y gratuita fue cuando hubo un modelo económico de movilidad social que permitió que no solamente pudiéramos completar la escuela primaria o secundaria, sino que también pudiéramos acceder los hijos de los trabajadores a la universidad y también llegar ¿por qué no? a la primera magistratura...”13/09/10

Las metáforas y analogías recurrentes en el discurso de Cristina Fernández generalmente tienen relación con los hechos sucedidos en tiempos de la última dictadura militar, por ejemplo:

“...Esta vez no han venido acompañados de tanques, esta vez han sido acompañados por algunos "generales" multimediáticos...” 01/04/08

“...Yo no he venido a ser Presidenta de la República para convertirme en gendarme de la rentabilidad de los empresarios; que se olviden...”

En el mismo discurso se manifiesta con ironía en relación a los sucesos y el tratamiento que los medios dieron al conflicto.

“Son los mismos que hoy pude ver en un diario donde colocan mi caricatura, que no me molesta, a mí me divierten mucho las caricaturas y las propias son las que más me divierten” 01/04/08

La estrategia argumentativa de su discurso profundiza la estructura clásica del discurso político, que polariza las posiciones e identificaciones desde un “Nosotros” versus los “Otros”. A los cuales atribuye valoraciones antagónicas positivas por un lado y valoraciones negativas hacia el otro lado, acompañadas de generalizaciones y especificaciones. En este sentido se ordenan las metáforas e ironías, en un tono que no rehúye al conflicto, sino que por el contrario oponiéndose al *ethos féminin* (Bonnafous, 2002, 2003) manifiesta postura confortativas.

Presencia de elementos del Populismo

Para dar cuenta de los elementos del populismo en los discursos abordados, elaboramos un cuadro, en el cual por un lado a modo de categorías se ordenan en una columna las características antes señaladas y por otro los fragmentos de discurso que ilustran la presencia de estos elementos en los discursos de Cristina Fernández:

Cuadro N° 2 matriz de análisis

Rasgos del curso populista	Fragmentos de discursos de Cristina Fernández
Descripción de una situación de crisis y desorden social	<p>“...Este es un escenario diferente al de hace apenas cuatro años y medio, el 25 de Mayo de 2003. El Presidente, que está sentado a mi izquierda, junto a todos los argentinos cambió en estos cuatro años y medio ese escenario que teníamos aquel 25 de Mayo. Usted, sentado en este mismo lugar, con más desocupados que votos, se propuso dar término a dos mandatos constitucionales: el que había sido iniciado el 10 de diciembre de 1999 por imperio de la voluntad popular y el que se había iniciado un 2 de enero por voluntad de esta misma Asamblea Legislativa, luego de los trágicos sucesos del 2001...” (10/12/07)</p> <p>“...La crisis del 2001 donde se cayó estrepitosamente el sistema financiero, donde, ustedes lo recuerdan, se vallaron los bancos, se tapiaron con placas de plomo, de acero, porque la gente estaba golpeando para que les devolvieran sus ahorros, escenas casi dantescas...”(06/10/10)</p>
<i>Fuente del mal y su responsable</i>	<p>“...Recuerdo los argumentos de muchos opositores y de los medios de comunicación, que no son lo mismo pero a veces se parecen bastante...” (10/12/07)</p> <p>“...Democracia no es solamente ir a votar, cada dos años, es también escuchar al otro, aprender a respetar a los sectores más vulnerables, aprender a no discriminar, aprender que tender la mano solidaria sea, tal vez, la enseñanza más importante, que uno logra desde el espacio público; un espacio que ha sido denostado, desde el pensamiento neoliberal, que ha querido ser estigmatizado...” (27/10/08)</p>
<i>Solución aportada y quién puede ser el portador</i>	<p>“...No hay posibilidades de erradicar el fenómeno de la inseguridad si no tenemos una sociedad más justa, más equitativa, con educación y trabajo, esto es clave y después viene lo otro, el funcionamiento institucional. Son las dos claves en las que los argentinos tenemos que insistir fuertemente pero articulando las cosas, porque no se puede hablar de inclusión social si no se habla de redistribución del ingreso...” 26/03/09</p> <p>“...creo que una síntesis perfecta entre lo que es el conocimiento y el conocimiento aplicado a la industria, a la producción de valor agregado,</p>

	<p>a la generación de trabajo altamente calificado para el consumo nacional y para exportación de lo nacional lo que es, en síntesis, la simbiosis perfecta entre conocimiento y actividad económica que es lo que caracterizó a las grandes sociedades...” 01/09/09</p> <p>“...Lo reitero una y mil veces, el problema no es la pobreza, es la inequidad en la distribución de lo que produce y hace la Argentina, porque la Argentina tiene mucha riqueza, lo que hay que hacer, además de seguir generando más riqueza y más inversiones, es distribuir mejor lo que producimos...”08/09</p> <p>“...la articulación de nuestras universidades, nuestras casas de estudio, con un modelo productivo en el cual la innovación tecnológica sea la característica que nuestras universidades inserten a ese modelo productivo...” 07/09</p>
<p><i>Exaltación de valores.</i></p>	<p>“...La Esperanza de un país más justo, de una sociedad más equitativa, la esperanza de que alguna vez aquellos que han sido beneficiados en el reparto de los dones, en el cual muchas veces no tenemos nada que ver, aquellos que han vivido o nacido en un hogar pobre o en un hogar rico comprendan la necesidad de tender la mano solidaria hacia aquellos sectores, los más vulnerables, para que además de tener las mismas oportunidades tengan el derecho a elegir la vida que quieren, algo que muchas veces nos es negado...” 21/08/09</p> <p>“...Yo creo que esto hace también a la responsabilidad que todos tenemos, primero, en vivir una sociedad más igualitaria, más democrática, más equitativa pero, por sobre todas las cosas, igualdad de oportunidades y que todos sean tratados de la misma manera...” 26/03/09</p>
<p><i>Hombre /mujer providencial, carismático/a, visionario/a, capaz de romper con el pasado</i></p>	<p>“...Pero creo tener la fuerza para poder hacerlo y además el ejemplo, no solamente de Eva que no pudo, no pudo, tal vez ella lo merecía más que yo, el ejemplo de unas mujeres que con pañuelo blanco se atrevieron donde nadie se atrevía y lo hicieron...” 10/12/07</p> <p>“...Pero tengo la convicción, tengo la fuerza y tengo el coraje para llevar adelante el mandato que me confirió el pueblo argentino. No lo voy a traicionar...” 01/04/08</p>

A modo de cierre

El recorrido realizado en el presente artículo, nos permite revelar la estrategia discursiva la ex mandataria argentina, la cual apeló en la comunicación de sus decisiones políticas a recursos del populismo, al concluir este trabajo señalaremos los puntos en los cuales su discurso cumple con las pautas del discurso populista: 1) Ella describe un *escenario de crisis*: la década del 90, es decir, los gobiernos anteriores al de Néstor Kirchner o a la época de la dictadura contra la cual militaron ella y su marido el ex presidente. 2) Los *culpables, adversarios o los causantes de la crisis* son los grandes grupos económicos, gobiernos anteriores con inclinaciones neoliberales y en casos puntuales sus aliados fueron los militares

y el periodismo. 3) la salida y la única posibilidad de que eso no se repita son las medidas impulsadas por su modelo de gobierno. 4) El lugar de *figura carismática capaz de romper con el pasado* se repartió en principio entre la pareja presidencial, luego del fallecimiento del ex presidente se unificó en la figura de ella y un Él en la eternidad.

Podríamos sostener que el acento populista del discurso político de Cristina Fernández lo da el paternalismo, en cuanto ubica al Estado, como principal responsable de garantizar el derecho a la educación, a la salud y al trabajo. El mayor argumento de esto es la inversión económica en la escuela pública y es claro el énfasis puesto en la comunicación de estas decisiones, a través de las becas y principalmente en la política de transferencia condicionada AUH. En casi todos los discursos analizados repite que durante su gobierno planificó destinar el 6% del Producto Bruto Interno a educación, y que no hubo en la historia de este país un gobierno que construyera tantas escuelas.

El anuncio de la AUH se realizó como una apuesta fuerte para la atención de los sectores desfavorecidos, articulando medidas educativas, sanitarias y económicas, al igual que en la presentación del Programa Argentina trabaja, Enseña y Aprende, estos son solo algunos ejemplos, en cuanto a las estrategias discursivas empleadas en los anuncios referidos se evidencia una marcada tendencia al populismo, creemos haber reflejado esto en los análisis expuestos.

Al finalizar este recorrido, por las estrategias discursivas del periodo de gobierno (2007-2011), en el anuncio de sus acciones políticas, especialmente las que tuvieron repercusión en el ámbito educativo. Podemos reconocer continuidades discursivas con gobiernos anteriores, por ejemplo con el peronismo, del cual tomó figuras icónicas que luego fueron reemplazadas por sus propias figuras, como uno de los elementos claves del populismo en el discurso de Cristina Fernández.

Este trabajo se enmarca en una investigación que busca la comprensión de los procesos de identificación de quienes intervienen en la puesta en acto de las políticas como beneficiarios y como actores de gestión de las mismas. Por ello nos abre un nuevo punto de partida para plantear otros interrogantes y análisis futuros, sobre la fuerza de lo discursivo como acción creadora de realidades posibles, de visiones de mundo. Pensando además en el ciclo de las políticas y su carácter modélico en cuanto al impacto subjetivo en las poblaciones, porque una política no se materializa hasta que los sujetos las incorporan y para ello hacen falta una sucesión de enunciaciones, no es una única acción sino que se construye en tantos momentos y actores intervienen en su puesta en acto., siendo el anuncio la primera de ellas.

Por último con este trabajo quisimos generar conocimiento sobre una de las políticas que tienen incidencia en nuestro país, a través de los aspectos configurativos de los discursos políticos, considerando a los actores de las situaciones de comunicación y sus contextos. Este trabajo permite ver en perspectiva un periodo ya pasado tal vez como el último representante del populismo en Argentina

BIBLIOGRAFÍA

- Aridai Olmo Lorenzo, L (2012) Características del discurso populista El caso de Lula da Silva Ponencia presentada en el I Congreso Internacional en Comunicación Política y Estrategias de Campaña, desarrollado en Madrid durante los días 6y 7 de Julio en Madrid, organizado por La Asociación de Investigadores en Campañas Electorales
- Austin, J (1962) cómo hacer cosas con palabras. Barcelona. Paidós
- Bonnafous, S. (2002) La question de l'ethos et du genre en communication politique. En O. Bruno (Comp.). *Actes du premier colloque franco-mexicain des sciences de la communication. Coloquio organizado por la ANIC y SFSIC*, México.
- Bonnafous, S. (2003). Femme politique: une question de genre ? *Réseaux*, 120(21), 119-143.]
- Charaudeau, P (2009 a) "Reflexiones para el análisis del discurso populista" Discurso y sociedad. ISSN 0957-9265 Vol www.dissoc.org
- Charaudeau, P. (2009 b) "La argumentación persuasiva. El ejemplo del discurso político", in Shiro M. & Alii, Haciendo discurso. Homenaje a Adriana Bolívar, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009.
- Drake, P. (1982) "Populism in South America". *Latin American Research Review*. Vol. 17 (1): 190-199
- Plut, S. (2009) "Las palabras de Cristina Fernández de Kirchner" *Revista Electrónica de Psicología Política Año7 N° 19 – Marzo/Abril 2009*
- Van Dijk, T y Mendizabal, R. (1999) Análisis del discurso social y político. ABIA YALA. Ecuador
- Vidrio, S. (2000) "El discurso político. Reflexiones teórico-metodológicas" VERSIÓN 10 UAM-X MÉXICO PP. 109-125

- Vitale, M (2016) “¿*Ethos* femenino y *feminine style*? El primer discurso público de dos presidentes mujeres: Michelle Bachelet (Chile) y Cristina Fernández de Kirchner (Argentina)” *Lenguaje*. vol.44 no.1 Cali Jan./June 2016

Fuentes Consultadas

<http://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos>

<http://www.patrick-charaudeau.com/>

Revista
INSERCIÓN

Año II
Vol. II
2017

**LA INVERSIÓN DIRECTA DE CHINA
EN ARGENTINA
EN MATERIA DE HIDROCARBUROS.
ANÁLISIS DESDE EL
DERECHO INTERNACIONAL**

Por: Luis Fernando Castillo Argañarás

LA INVERSIÓN DIRECTA DE CHINA EN ARGENTINA EN MATERIA DE HIDROCARBUROS. ANÁLISIS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

Por: Luis Fernando Castillo Argañarás³

RESUMEN

Las empresas petroleras China's National Overseas Oil Co (CNOOC) y China Petrochemical Corporation (SINOPEC) tienen una presencia importante en nuestro país. Argentina y China tienen firmados una serie de tratados internacionales aplicables en materia de inversiones extranjeras. El objetivo de este artículo es responder a siguientes interrogantes: ¿Qué establecen estos acuerdos? ¿Cuáles son los principales estándares de protección que establecen? ¿Cómo se armonizan estos Tratados sucesivos? Para responder a estas preguntas, en primer lugar, analizaremos los acuerdos y declaraciones internacionales y en segundo lugar, nos centraremos en la normativa que rige la interpretación de tratados sucesivos en la misma materia y con las mismas Partes. De esta manera llegaremos a las conclusiones.

PALABRAS CLAVES: *China – Inversiones Extranjeras- Hidrocarburos*

ABSTRACT

Oil Corporations China's National Overseas Oil Co. (CNOOC) and China Petrochemical Corporation (SINOPEC) have a strong presence in our country. Argentina and China have signed a number of relevant international treaties that can be applied in the foreign investment field. The aim of this article is to answer these questions: What do these agreements settle? What are the main protection standards established? How are these successive treaties harmonized? To answer these questions, first, we will analyze the agreements and declarations and secondly, we will focus on the rules governing the interpretation of successive treaties on the same subject and the same parties. Thus, we will arrive to the conclusions

KEY WORDS: *China, Foreign Investments, Hydrocarbons*

³ Investigador de carrera del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y Universidad Argentina de la Empresa (UADE) Doctor en Derecho, Doctor en Ciencia Política. Master of Sociology, Magister en Relaciones Internacionales. Abogado y Procurador Miembro de la International Law Association (Rama Británica) y Secretario de la Comisión de Derecho y Relaciones Internacionales del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires

Introducción

Se ha señalado que “en las últimas décadas el centro de gravedad de la economía mundial se ha desplazado desde las economías de la OCDE hacia las economías emergentes” (OCDE *et al*, 2015:22). China, con su política de “Go Out, Go Global”, procuró insertarse de manera agresiva en la economía internacional con un alto flujo de inversión directa hacia el exterior. De acuerdo a datos de CEPAL, “Brasil es el destino preferido para las empresas chinas y concentra uno de cada dos dólares del volumen total invertido en la región. Con un 18 % del total, Perú se sitúa en segundo lugar, seguido de Argentina (13 %), Colombia (7 %), Venezuela (5 %) y Ecuador (4 %)” (Esteban, 2015: 39). Argentina resulta atractiva para aquel país por sus recursos naturales.

Debemos tener presente que “la inversión extranjera directa (IED) de China es particularmente difícil de rastrear en estadísticas oficiales, pero desde 2010 se ha estimado que representa alrededor de 10.000 millones de dólares al año para la región en su conjunto”. (CEPAL, 2014: 32).

En las llamadas industrias extractivas, en Argentina, China’s National Overseas Oil Co (CNOOC) compró 50 % de BRIDAS que a su vez es propietario del 40 % de Pan American Energy (PAE). En el año 2012, BRIDAS CORP adquirió los activos de refinación de crudo y comercialización de combustibles lubricantes de Exxon Mobil en Argentina, Paraguay y Uruguay. BRIDAS CORP utiliza a una de sus sociedades (Axion Energy) para las operaciones que realizaba Exxon. Axion continúa usando la marca ESSO. Por otro lado, la empresa China Petrochemical Corporation (SINOPEC), “la mayor petrolera china por facturación y la principal refinadora de Asia, compró los activos que tiene en la Argentina la estadounidense Occidental Petroleum (Oxy), en una operación que necesitó aproximadamente de una inversión de 2.450 millones de dólares” (Galak, 2010: 1). En la actualidad SINOPEC opera yacimientos en Santa Cruz, Chubut y Mendoza.

Argentina y China han firmado el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones el 5 de Noviembre de 1992. Sin perjuicio de los numerosos Tratados celebrados con posterioridad, cobran importancia, el Memorándum de Entendimiento entre la República Argentina y la República Popular China sobre Cooperación en Materia de Comercio e Inversiones (firmado el 7 de Noviembre de 2004), el Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Diálogo Estratégico para la Cooperación y Coordinación Económica (5 de septiembre de 2013), el Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de la Comisión Binacional Permanente (5 de septiembre de 2013),

Convenio Marco de Cooperación en Materia Económica y de Inversiones (18 de Julio de 2014), el Convenio Complementario de Cooperación en Materia de Inversión Industrial (18 de Julio de 2014) y las declaraciones conjuntas sobre el establecimiento de una asociación estratégica integral y su fortalecimiento (firmadas el 18 de julio de 2014 y 4 de febrero de 2015). Todos ellos se aplican en materia de inversiones relativa a hidrocarburos de manera general.

En ese sentido, surgen los siguientes interrogantes: ¿Qué establecen estos acuerdos? ¿Cuáles son los principales estándares de protección que establecen? ¿Cómo se armonizan estos Tratados sucesivos? Para responder a estas preguntas, en primer lugar, analizaremos los acuerdos y declaraciones internacionales y en segundo lugar, nos centraremos en la normativa que rige la interpretación de tratados sucesivos en la misma materia y con las mismas Partes. De esta manera llegaremos a las conclusiones.

Una aproximación a los instrumentos jurídicos internacionales

A continuación analizaremos los acuerdos internacionales que firmaron la República Argentina y la República Popular China que son aplicables a la inversión en hidrocarburos del país asiático en Argentina.

1) ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCION RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES ENTRE ARGENTINA Y LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

El Tratado bilateral que protege las inversiones entre Argentina y China fue firmado el 5 de Noviembre de 1992 y entró en vigor el 1 de Agosto de 1994⁴. El Acuerdo establece estándares de protección y define que se entiende por inversión.

La figura de los estándares desde el punto de vista gramatical expresa la noción “de algo concreto, de un modelo o referencia, que en muchos documentos es entendido como un mínimo de algo, independientemente de la complejidad que se deba alcanzar en la técnica” (Prieto, 2013:19). Prieto señala que “el elemento fundamental es que estos deben ser concretos, es decir, quien pretenda que sus productos o servicios alcancen este mínimo de calidad, debe saber exactamente cuáles son los procesos y exigencias que debe cumplir” (2013:19). En ese sentido considera que:

⁴ Conforme información obtenida del Sistema de Información Sobre Comercio Exterior de la OEA. Disponible en http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/ARGBITs_s.asp (última consulta 14/06/2016).

“Estas exigencias son establecidas por un tercero, que bien puede ser una organización, el Estado o el mismo mercado. La naturaleza de estos estándares, por lo tanto no es jurídica, ya que no son obligatorios, por lo que los haría comparables a convencionalismos sociales o normas de etiqueta. Sin embargo, cuando estos estándares adquieren una obligatoriedad, esta proviene de su inclusión en una norma jurídica independiente, como es el caso de las regulaciones que una autoridad imparta por la naturaleza de sus funciones para la consecución de un interés común”. (Prieto, 2013:19)

A continuación analizaremos brevemente las disposiciones y estándares de este tratado marco entre la República Argentina y la República Popular China.

- **Definición de Inversión**

La definición de inversor y de inversiones es clave para determinar el alcance de los derechos y obligaciones de un acuerdo de esta naturaleza y para establecer la jurisdicción del tribunal arbitral que surge de un tratado bilateral.

Pablo Rey Vallejo (2007: 11) señala que “la mayoría de los TBI contemplan definiciones del concepto de inversión que van desde listas pormenorizadas de activos protegidos hasta definiciones abiertas que incluyen todo tipo de activos, derechos e intereses” y agrega que “independientemente de la forma de redacción de los tratados, en la mayoría se busca plasmar el concepto de inversión desde la perspectiva más amplia posible” (Rey Vallejo, 2007: 11).

Hay dos tipos de inversores: las personas naturales y jurídicas. Para las primeras los acuerdos de inversión generalmente basan la nacionalidad exclusivamente en el derecho del Estado de la nacionalidad reclamante. Las cuestiones relativas a la nacionalidad de las personas jurídicas son más complicadas. Las empresas operan en distintos caminos que hacen difícil determinar la nacionalidad. Los tribunales han adoptado la prueba de la incorporación o de la sede más bien que la del control cuando determinan la nacionalidad de una persona jurídica, a menos que la prueba del control esté prevista en el tratado (OECD, 2008).

En el Artículo 1 se establece la definición de inversión.⁵ El Acuerdo señala específicamente que el término “inversión” está en conformidad “con las leyes y

⁵ Artículo 1 (...) 1. El término "inversión" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión, todo tipo de activo invertido por un inversor de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo a la legislación de ésta. Incluye en particular, pero no exclusivamente:

reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión” y excluye de manera puntual a las personas físicas nacionales de un Estado que residen en el territorio del otro Estado por un lapso mayor a dos años.

• **Expropiaciones, Nacionalizaciones y/o medidas equivalentes**

En el Art. 4 se regula el tema de las expropiaciones, nacionalizaciones y/o medidas equivalentes⁶. Esta disposición está de acuerdo con el derecho internacional ya que reúne los requisitos de la costumbre internacional para que las expropiaciones, nacionalizaciones y/o medidas equivalentes sean realizadas conforme a derecho.

- a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, tales como hipotecas y derechos de prenda;
- b) acciones, cuotas societarias y toda otra forma de participación en sociedades;
- c) títulos y derechos a prestaciones que tengan un valor económico, incluyendo préstamos solamente cuando estén directamente vinculados con una inversión específica;
- d) derechos de propiedad intelectual, incluyendo en particular, derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know how y valor llave;
- e) concesiones acordadas por ley, incluidas concesiones para la prospección y explotación de recursos naturales.

2. el término "inversor" designa:

En relación con la República Popular China:

- a) las personas físicas que tengan la nacionalidad de la República Popular China; b) las entidades económicas establecidas de acuerdo con las leyes de la República Popular China y domiciliadas en el territorio de la República Popular China.

En relación con la República Argentina:

- a) toda persona física que sea nacional de la República Argentina, de conformidad con su legislación;
- b) toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la República Argentina y que tenga su sede en el territorio de la República Argentina.

Si una persona física o jurídica de una Parte Contratante tiene un interés en una persona jurídica establecida en el territorio de un tercer estado y esta persona jurídica invierte en la otra Parte Contratante, ella será reconocida como una persona jurídica de la primera Parte Contratante. Este párrafo de este Artículo podrá ser aplicado solamente cuando el mencionado tercer estado no tiene derecho o abandona su derecho a proteger a la mencionada persona jurídica.

3. Las disposiciones de este Convenio no serán aplicadas a las inversiones realizadas por personas físicas nacionales de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante si dichas personas, a la fecha de la inversión, han estado domiciliadas en esta Parte Contratante por más de dos años, salvo que se pruebe que la inversión original fue admitida en su territorio desde el extranjero

⁶ Art. 4: 1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación (en adelante denominadas expropiación) ni ninguna otra medida que tenga efecto similar contra las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante, salvo que concurren las siguientes condiciones:

- a) que las medidas sean tomadas por imperativo de utilidad pública y social;
- b) bajo el debido procedimiento legal nacional;
- c) sin discriminación;
- d) contra el pago de compensación.

2. La compensación prevista en el párrafo 1 (d) de este Artículo será tal que coloque a los inversores en la misma posición financiera que hubieren tenido si las medidas, a que se hace referencia en el párrafo 1 de este Artículo, no hubieran sido tomadas. Tal compensación será pagada sin demora. La compensación será efectivamente realizable y libremente transferible al tipo de cambio vigente a la fecha en la cual se fijó el monto de la compensación.

3. Los inversores de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas a causa de una guerra, estado de emergencia nacional, insurrección, motín u otros acontecimientos similares recibirán de la última Parte Contratante, si ésta toma medidas al respecto, un tratamiento no menos favorable que el acordado a inversores de cualquier tercer Estado.

“Los estándares internacionales mínimos de protección contienen dos reglas de derecho consuetudinario relativas a expropiación. La primera, la expropiación debe ser por interés público. Segundo, aun cuando la expropiación sea conforme a la regla antes mencionada, debe ir acompañada por el pago de una indemnización que debe ser por el valor total de la propiedad o como se expresa comúnmente, la compensación debe ser ‘pronta, adecuada y efectiva’” (Malanczuk, 2002: 235).

En ese sentido, Lowe (2007:53) estima que “en el Derecho Internacional hay un considerable grado de consenso sobre el criterio acerca de los requisitos que debe reunir una expropiación legal”, y agrega que “la expropiación debe ser realizada: mediante ley, por causa de utilidad pública, no debe ser discriminatoria y se debe realizar el pago de una indemnización conforme el Derecho Internacional” (Lowe, 2007:53).

Así, el Art. 4 bajo análisis reúne los requisitos básicos del derecho internacional consuetudinario que son de declaración de utilidad pública por ley y pago de una indemnización. El Tratado agrega además “sin discriminación”.

- **Estándares de Trato**

Los estándares de trato justo y equitativo como el de tratamiento y protección de la nación más favorecida están receptados en el Art. 3.⁷

El trato justo y equitativo es un estándar “que no es particularmente preciso, por lo que se debe determinar en cada caso en concreto de acuerdo a las circunstancias que lo rodean” (Ymaz Videla, 1999: 27). En ese sentido, “tradicionalmente se sostiene que implica no discriminación, un ‘standard’ internacional mínimo, y el deber del Estado receptor de

⁷ Art. 3: “1. Las inversiones y actividades asociadas con inversiones de inversor-es de una Parte Contratante recibirán en toda ocasión un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad constante en el territorio de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante, sin perjuicio de sus leyes y reglamentaciones, se compromete a no adoptar medidas no razonables o discriminatorias respecto de la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante.

2. El tratamiento y la protección acordados por este convenio no serán menos favorables que los otorgados a las inversiones y las actividades asociadas con estas de inversores de cualquier tercer Estado.

3. El tratamiento la protección de la Nación más favorecida mencionados en el párrafo 2 del presente artículo no incluirá los privilegios que una Parte Contratante acuerde a los inversores de un tercer Estado, en virtud de una zona de libre comercio, una unión aduanera, una unión económica, mercado común u otro acuerdo regional, o en virtud de un convenio para evitar la doble imposición, o para facilitar el comercio fronterizo.

4. Las disposiciones del párrafo 2 de este Artículo tampoco serán interpretadas en el sentido de extender a inversores de la otra Parte Contratante, el beneficio de Cualquier tratamiento, preferencia o privilegio derivados de los acuerdos bilaterales que proveen una financiación concesional, concluidos por la República Argentina con Italia el 10 de diciembre de 1987 y con España el 3 de junio de 1988.

proteger la propiedad extranjera” (Ymaz Videla, 1999: 28). En ese sentido, tanto Argentina como China, se comprometen a no adoptar medidas no razonables o discriminatorias respecto de la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones efectuadas en su territorio por inversores de la otra Parte Contratante, sin perjuicio de sus leyes y reglamentaciones; y a observar todo compromiso que hayan contraído con relación a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante. (Art. 3.1).

La protección de la nación más favorecida “puede dar lugar a la multilateralización de los tratados, en materia de la definición, las transferencias, la repatriación de capitales, expropiación, nacionalización, daños, solución de controversias, etc., salvo en el ámbito personal de los acuerdos” (Ymaz Videla, 1999: 29). Así, el tratado señala que el tratamiento y la protección acordados por este convenio no serán menos favorables que los otorgados a las inversiones y las actividades asociadas con estas de inversores de cualquier tercer Estado salvo cuando el beneficio se establezca en virtud de un acuerdo en el marco de un proceso de integración (Art. 3. Inc.2 y 3). Excluye también expresamente de este privilegio a los tratados celebrados entre Argentina con Italia (10 de diciembre de 1987) y con España (3 de junio de 1988) de acuerdo al Art. 3 Inc. 4.

- ***Solución de Controversias***

El tratado distingue entre las controversias que surgen de la interpretación y aplicación del Acuerdo (Art. 7) y aquellas que surgen con motivo de la inversión (Art. 8). En el primer supuesto, se establece la vía diplomática. Si no se llega a un acuerdo en el plazo de seis meses, se recurrirá al arbitraje ad-hoc, a solicitud de cualquiera de las partes. En el segundo supuesto, en caso de controversia entre una Parte contratante y un Inversor de la otra que no haya podido ser solucionada amistosamente mediante negociaciones en el plazo de seis meses se recurrirá al arbitraje en las condiciones que China y Argentina establecen en el Acuerdo.

2) MEMORANDUM DE ENTENDIMIENTO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPUBLICA POPULAR CHINA SOBRE COOPERACIÓN EN MATERIA DE COMERCIO E INVERSIONES

Fue firmado el 17 de noviembre del año 2004 entre el Ministro de Relaciones Exteriores, comercio Internacional y Culto de Argentina, Rafael Antonio Bielsa y el Ministro de Comercio de China, Bo Xilai.⁸

En este tratado la “República Argentina reconoce el estatuto de ‘economía de mercado’ a la República Popular China y declara su decisión de no aplicar ningún trato discriminatorio a las importaciones provenientes de la China” (Art. 1) y ambas partes acuerdan continuar trabajando para crear condiciones favorables para la competencia leal de empresas chinas y argentinas (Art. 2).

Ambos partes reiteran el interés común en la promoción de inversiones entre ellos. Resaltan la necesidad de la participación de empresas del país receptor en la constitución de emprendimientos conjuntos con especial referencia a las pequeñas y medianas empresas y a la creación de nuevas fuentes de trabajo (Art. 4).

3) MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO DE DIÁLOGO ESTRATÉGICO PARA LA COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN ECONÓMICA ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

Fue firmado en San Petersburgo el 5 de septiembre de 2013 y entró en vigor el mismo día.⁹ Las Partes deciden establecer un mecanismo de Dialogo Estratégico para la Cooperación y la Coordinación Económica (DECCE), a fin de fortalecer las relaciones económicas bilaterales, profundizar la cooperación económica y comercial, incentivar el intercambio de información y de expertos en materia de estrategias de desarrollo y de políticas macroeconómicas, y de promover el desarrollo económico y social de los dos países para el beneficio de sus pueblos. (Art. I). Los objetivos del DECCE son planificar y orientar la cooperación económica bilateral e implementar políticas que maximicen un desarrollo integral y sostenible; identificar proyectos de mutuo interés y analizar su viabilidad; elaborar propuestas de políticas orientadas la creación de nuevos puestos de trabajo y a la protección de los existentes; promover intercambios de información y de expertos en materia de

⁸ Vigente. Información disponible en la Biblioteca Digital de la Cancillería Argentina: http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_ficha.php?id=7332 (última consulta 30/01/2016).

⁹ Fecha de Finalización: 05/09/2018 por cumplimiento de plazo conforme lo establece el Artículo VIII. Información disponible en la Biblioteca Digital de la Cancillería Argentina: http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_ficha.php?id=10465 (última consulta 30/01/2016).

estrategias de desarrollo sostenible y de políticas macroeconómicas; efectuar un seguimiento de los temas económicos y comerciales del Plan de Acción Conjunta entre ambos Estados (Artículo II). En el Art. III están identificadas las áreas de cooperación en el ámbito del DECCE que comprende, entre otras, las siguientes:

- Intercambiar información entre organismos económicos de los dos países;
- Intercambiar información sobre temas relativos a la cooperación en materia de inversión bilateral, tales como legislación aplicable y otras regulaciones, planificación de políticas y desarrollo de sectores y de proyectos industriales;
- Crear un canal directo para identificar, promover e implementar proyectos prioritarios en las áreas de infraestructura, incluido el transporte de pasajeros, minería; energía, industria, agricultura, ganadería, pesca, telecomunicaciones y otros campos de interés mutuo, y Promover la cooperación en materia de inversión para beneficio mutuo en los sectores productivos de ambos países;
- Promover la integración industrial y la cooperación empresarial;
- Promover la transferencia de tecnología adecuada a las necesidades domesticas de ambos países;
- Fomentar iniciativas para incrementar el uso de monedas locales en el comercio, los proyectos y las inversiones bilaterales; fomentar la coordinación en el marco de las organizaciones y de otros foros multilaterales relevantes.

El funcionamiento del mecanismo de Diálogo está previsto en el Art. IV. El DECEE celebrará Reuniones Ministeriales que serán co-presididas, por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina o quien se designe y por la parte China, por la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma (CNDR) o por un representante por él designado. Las Partes establecerán un Grupo de Trabajo Conjunto (GTC) que será coordinado por la Secretaría de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, por Argentina, y por el Departamento de Cooperación Internacional de la CNDR, por la parte China. El GTC trabajará conforme los lineamientos establecidos por la Reunión Ministerial, y a la que reportará. Sus funciones son:

- a) Preparar la propuesta de agenda del DECCE
- b) Coordinar los aspectos logísticos de las reuniones

- c) Confeccionar las actas
- d) Redactar las declaraciones conjuntas
- e) Hacer un seguimiento de las acciones acordadas en el marco del DECEE, y
- f) Realizar las actividades que le sean encomendadas en virtud del Memorándum de Entendimiento.

El DECEE, en función de sus necesidades, las Partes podrán crear los mecanismos pertinentes, tales como establecer grupos de trabajos específicos o convocar grupos de expertos para desarrollar estudios de temas de importancia y crear plataformas financieras para atender asuntos de financiamiento. El mecanismo de solución de controversias para las que surjan en el marco del Memorándum de Entendimientos está estipulado en el Art. VII y se establece que se resolverá en forma amigable través de consultas entre las Partes. El Memorándum tiene una vigencia de cinco años y se podrá prorrogar por mutuo acuerdo. Las enmiendas serán consideradas como parte del presente Memorándum de Entendimiento

4) MEMORÁNDUM DE ENTENDIMIENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LA COMISIÓN BINACIONAL PERMANENTE ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

Fue firmado en la ciudad de San Petersburgo el 5 de Septiembre de 2013 y entró en vigor en la fecha de su firma (Art. VIII).¹⁰ El Memorándum tiene como objetivo establecer la Comisión Binacional Permanente entre ambos países (Art. I); y se establece que será el mecanismo bilateral de consulta y negociación de alto nivel con el mandato de promover y fortalecer las relaciones bilaterales desde una perspectiva integral. Las principales funciones de la Comisión Binacional consistirán en fomentar, orientar y coordinar el Plan de Acción Conjunta entre ambos Gobiernos. (Art. II). La Comisión Binacional será co-presidida por el Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina y el Ministro de Relaciones Exteriores de China. Se reunirá de manera bienal, alternando la sede entre ambos Estados. La agenda y formato de las reuniones serán definidos de común acuerdo por los canales diplomáticos de ambos países. (Art. III). En el Art. IV, se establece que actuarán como subcomisiones de la

¹⁰ Información disponible en la Biblioteca Digital de la Cancillería Argentina: http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_ficha.php?id=10464 (última consulta 30/01/2016).

Comisión Binacional, sin modificar las atribuciones y competencias establecidas en acuerdos vigentes, los siguientes mecanismos bilaterales:

- Las Consultas Políticas entre ambas Cancillerías
- La Comisión Conjunta de Defensa
- La Comisión Mixta Científica y Tecnológica
- La Comisión Conjunta sobre Cooperación Agrícola
- La Comisión Mixta Cultural
- La Comisión sobre Cooperación en Salud y Ciencias Médicas
- El Grupo de Trabajo Conjunto sobre Cooperación en Silvicultura y Protección de Recursos Forestales y Ambiente Ecológico
- El Grupo de Trabajo Conjunto sobre Cooperación en Energía Nuclear
- El Grupo de Trabajo Conjunto de Cooperación Espacial

Las Partes podrán acordar el establecimiento de subcomisiones o grupos de trabajo adicionales a los ya existentes en el marco de la Comisión Bilateral, de acuerdo con el desarrollo y las necesidades de cooperación en los ámbitos involucrados. Los mecanismos de negociación que dependan de las subcomisiones o grupos de trabajo elevarán un informe a la Subcomisión respectiva al menos tres meses antes de la reunión de la Subcomisión que coincida con la reunión de la Comisión Permanente. Cualquier diferencia que surja de la interpretación o aplicación del Memorándum de Entendimiento, será solucionada por las Partes a través de consultas (Art. VII).

Este tratado fue firmado junto a otros más en Rusia en el marco de la Cumbre del G20. En esa oportunidad, la entonces Presidente de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, manifestó que la reunión con Xi Jinping, su par chino: “no fue una bilateral de las comunes, sino una verdadera reunión de trabajo en la que firmamos importantes convenios que son una extensión del trabajo iniciado entre ambos países para establecer mecanismos de unificación del dialogo y hacerlo más activo”.¹¹

¹¹ Conforme información obtenida de la página web oficial de PRESIDENCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA: “La Presidenta se reunió con su par de China y afirmó que se reforzarán los lazos de cooperación entre ambas naciones”. Jueves 5 de Septiembre de 2013. Disponible en <http://www.presidencia.gob.ar/informacion/conferencias/26690> (última consulta, 21/11/ 2015).

5) EL CONVENIO MARCO DE COOPERACIÓN EN MATERIA ECONÓMICA Y DE INVERSIONES ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

Fue firmado en el marco de la visita de Estado del Presidente Xi Jinping a la Argentina el 18 de julio de 2014.¹² En los considerandos del Convenio se expresa que “las Partes están convencidas de que un plan de acción en materia de comercio e inversiones, configurado dentro de un marco jurídico adecuado, establecerá condiciones favorables y coherentes para el fortalecimiento de dicha relación bilateral”.

Los objetivos y la finalidad están establecidos en el Art. 1 y señala que las Partes se comprometen a promover la cooperación económica en diferentes áreas y sectores de sus economías dentro del marco de sus legislaciones vigentes y sobre la base de la igualdad y el beneficio mutuo. Acuerdan que la prioridad de la cooperación consiste en promover y facilitar el fortalecimiento de los vínculos comerciales y de inversiones de las empresas públicas y privadas de ambos países, a fin de sostener el crecimiento económico de ambos países. Para poder cumplir con las actividades establecidas en este Convenio podrán celebrarse acuerdos entre las entidades gubernamentales, contratos, programas o proyectos de organizaciones públicas de ambos países. Se firmarán convenios específicos en los que se detallarán el plan de trabajo, el procedimiento para la recepción y el uso de fondos y el perfil de la participación de las distintas partes en cada caso. (Art. 2). El Convenio considera la cooperación en materia de inversión industrial (Art. 4) y la cooperación en materia de infraestructura (Art. 5). Las principales disposiciones son:

- Cooperación en materia de inversión industrial

Las Partes deciden promover la cooperación en materia de inversiones de empresas de la República Popular China en territorio de Argentina a fin de incrementar la capacidad productiva de la industria argentina en sectores de gran potencial de exportación al mercado chino. Se acuerda establecer un marco de cooperación específico en materia de Inversión Industrial, el cual se concertará en forma de convenio complementario para planificar y promover la cooperación en materia de inversión industrial entre ambos países en el mediano plazo (cinco años) a los efectos de enriquecer la asociación estratégica entre Argentina y

¹² En vigor desde el 7/11/2016. Argentina lo aprobó por Ley N° 27.122 (25/02/2015) y notificó el cumplimiento de los requisitos internos mediante Nota Ditra 92/15 del 03 de junio de 2015. China notificó cumplimiento de requisitos internos mediante Nota N° (2016) Butiaozidi273hao del 7 de noviembre de 2016. Información disponible en la Biblioteca Digital de la Cancillería Argentina: http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_ficha.php?id=10702 (última consulta 30/11/2016)

China Las áreas prioritarias en este ámbitos, entre otras, serán: sector energía, minerales, productos manufacturados, agricultura, y sistemas de apoyo, tales como centros de investigación y desarrollo y parques industriales. Se acuerda configurar una lista de proyectos prioritarios de cooperación en materia de inversión industrial para su implementación en los próximos cinco años.

- Cooperación en materia de infraestructura

Las Partes establecerán un Plan Integrado de cinco años de duración. Los detalles se consignarán en un Convenio Complementario de Cooperación en materia de Infraestructura en el marco del presente Convenio. La Argentina, de conformidad con las disposiciones del Convenio Complementario en cuestión, aplicará el proceso de adjudicación más ventajoso que se utilice en programas de cooperación similares con otros países en relación con proyectos del sector público establecidos en el Plan Integrado. Las adquisiciones en el marco de los proyectos del sector público argentino, cuya ejecución se enmarca dentro del alcance del Plan Integrado. Podrán ejecutarse a través de la adjudicación directa siempre que estén sujetos a financiamiento concesional de la parte china y que la adjudicación se realice en condiciones ventajosas de calidad y precio.

De conformidad con la legislación de cada Estado Parte y el Derecho Internacional aplicable, Argentina y China podrán otorgar a los nacionales de la otra Parte facilidades para realizar actividades lucrativas; ya sean laborales o profesionales, como empleados o por cuenta propia, en condiciones de igualdad con los nacionales del Estado receptor, siempre que se hubieran concedido los permisos de residencia y de trabajo necesarios para el ejercicio de dichas actividades (Art. 6). Las Partes acuerdan que el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (Argentina) y la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma (China) son las autoridades competentes para aprobar los programas, planes, convenios y proyectos especiales de cooperación que resulten convenientes para la ejecución del presente Convenio en el marco del mecanismo de DECCE¹³. (Art. 7) Las controversias que pudieran surgir por la interpretación y aplicación del presente tratado entre las Partes, se procuraran resolverlas mediante negociaciones directas. (Art. 8).

¹³ El mecanismo de Dialogo Estratégico para la Cooperación y Coordinación Económica (DECCE) fue establecido en el marco del Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Diálogo Estratégico para la Cooperación y Coordinación Económica entre el Gobierno de la República Argentina y El Gobierno de la República China firmado en San Petersburgo el 5 de Septiembre de 2013 analizado previamente.

6) CONVENIO COMPLEMENTARIO DE COOPERACIÓN EN MATERIA DE INVERSIÓN INDUSTRIAL ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

Fue firmado el 18 de Julio de 2014 en Buenos Aires y entrará en vigor en la misma fecha que el Convenio Marco de Cooperación en Materia Económica y de Inversiones (Art. 5).¹⁴ Los objetivos generales están establecidos en el Art. 1. Ellos son:

- Planear, diseñar y promover vigorosamente la cooperación en materia de inversión industrial entre los dos países en el mediano plazo (cinco años).
- Fortalecer la cooperación para que China pueda impulsar el Desarrollo con Innovación y Promover un Nuevo Sistema de Economía Abierta y para que la Argentina avance en la consolidación de su proceso de crecimiento económico con inclusión social basado en la industrialización
- Crear un ambiente y condiciones favorables para que las empresas de ambos países puedan llevar a cabo una cooperación mutua, complementaria y beneficiosa para ambas partes en diversas áreas; y ampliar la cooperación en materia de proyectos de inversión industrial en forma ordenada y gradual y con prioridades adecuadas
- Realizar un seguimiento de la cooperación de conformidad con el Plan de Acción Conjunta entre ambos Gobiernos
- Enriquecer el contenido de la cooperación bilateral en materia económica y técnica, y de la asociación estratégica, y lograr el desarrollo económico y social de los dos países

Las áreas prioritarias son: energía; minerales; manufacturas; agricultura, logística y distribución de productos agropecuarios y áreas relacionadas; sistemas de apoyo, y otras áreas de común acuerdo. Las partes se comprometen a intercambiar proyectos prioritarios entre las autoridades correspondientes. (Art. 2).

Se establece que las Partes facilitarán la actividad de las empresas de ambos países para el desarrollo de la cooperación en materia de inversiones en áreas como exploración y desarrollo de petróleo y gas, recuperación mejorada, refinería, transportes y ventas, así como energía nuclear, hidroeléctrica, eólica y solar, las redes eléctricas, biocombustibles y carbón

¹⁴ En vigor desde el 7/11/2016. Información disponible en la Biblioteca Digital de la Cancillería Argentina: http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_ficha.php?id=10701 (última consulta 30/11/2016)

limpio. (Art. 2.1) Las Partes promoverán la cooperación entre empresas de ambos países en materia de exploración y desarrollo minero e áreas con potencial de desarrollo, llevarán a cabo proyectos de cooperación en materia de industrialización e inversión en recursos mineros, incluidos hierro, litio y cobre. Asimismo, las Partes promoverán el aumento de valor agregado de los productos en todas las etapas. (Art. 2.2). Las Partes también acuerdan promover la cooperación entre las empresas de ambos países en materia de inversión en agricultura, logística y distribución de productos agropecuarios y áreas relacionadas con el objetivo de promover la modernización de la agricultura y el desarrollo de la cadena industrial de los productos agrícolas, a fin de garantizar la seguridad alimentaria y la exportación de productos agropecuarios de valor agregado. La cooperación se focalizará, entre otras, en las siguientes áreas: actividades agropecuarias, biotecnología agrícola, cultivo de variedades de semillas de buena calidad; procesamiento y producción de productos agrícolas, productos pesqueros y ganaderos, productos silvícolas, cereales, y aceites, construcción y operación de infraestructura, incluido el almacenamiento de granos, transporte y logística; e inspección y pruebas de calidad. (Art. 2.4). Las Partes coordinarán, promocionarán e implementarán la cooperación a través del DECCE (Art. 3). Las Partes facultan al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (Argentina) y la Comisión Nacional de Desarrollo y Reforma (China) para aprobar en el marco del DECCE los programas, planes, convenios y proyectos especiales de cooperación que resulten necesarios para la ejecución de éste Convenio (Art. 4).

7) DECLARACIONES CONJUNTAS SOBRE UNA ASOCIACIÓN ESTRATÉGICA INTEGRAL

El 18 de julio de 2014 se firmó la **Declaración Conjunta sobre el Establecimiento de una Asociación Estratégica Integral** entre ambas Partes.¹⁵ En esa oportunidad, los dos Jefes de Estado, tomando en consideración el nivel de desarrollo del vínculo bilateral, y con miras a su proyección futura, decidieron establecer la Asociación Estratégica Integral China – Argentina, dando inicio a una nueva etapa en la sociedad binacional. Los Presidentes se congratularon por la creación de la Comisión Binacional Permanente entre ambos Gobiernos y expresaron su disposición de mantener estrecha comunicación y aprovechar plenamente el papel de planificación y coordinación que desempeña el aludido mecanismo bilateral de consulta y dialogo de alto nivel, con vistas a promover el desarrollo de las relaciones sino-

¹⁵Información disponible en la Biblioteca Digital de la Cancillería Argentina: http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_ficha.php?id=10689 (última consulta 30/11/2016)

argentinas de manera continua e integral. (Punto 9). Asimismo, “las Partes destacaron la primera reunión del Diálogo Estratégico para la Cooperación y la Coordinación Económica entre ambos Gobiernos. En particular, valoraron la suscripción del Convenio de Cooperación Económica e Inversiones y dos acuerdos complementarios sobre cooperación en materia de inversión industrial e infraestructura, considerando que los instrumentos adoptados crean condiciones favorables para el desarrollo de la cooperación de mutuo beneficio y ganancia compartida entre empresas de ambos países con complementación de ventajas respectivas, enriqueciendo de esta manera el contenido de la Asociación Estratégica integral” (Punto 10).

La **Declaración Conjunta sobre el Fortalecimiento de la Asociación Estratégica Integral entre la República Argentina y la República Popular China** fue firmada el 4 de febrero de 2015¹⁶ entre la entonces Presidente de Argentina, Cristina Fernandez de Kirchner y su par de China, Xi Jinping.

Los Mandatarios se congratularon por los avances logrados con el vínculo binacional a partir de la decisión adoptada el 18 de julio de 2014, de “elevar a rango de la relación bilateral a la categoría de ‘Asociación Estratégica Integral’, una decisión que llevó implícita la firme vocación de los dos Estados de inaugurar – con miras a su proyección futura-una nueva etapa en el relacionamiento bilateral” (Punto 3).

Los Presidentes ratificaron su disposición “a fortalecer las inversiones, en mutuo beneficio, en áreas tales como infraestructura, energía, transporte, minería e industria manufacturera, y a promover el desarrollo de proyectos prioritarios a fin de lograr avances sustantivos en el corto plazo” (punto 12).

Podemos subrayar que “China mantiene asociaciones estratégicas con seis países latinoamericanos, que por orden cronológico son: Brasil, Venezuela, México, Argentina, Chile y Perú. Salvo con Chile, todas estas asociaciones estratégicas se han convertido en asociaciones estratégicas integrales en los últimos tres años” (Esteban, 2015: 15). En ese sentido, “conferir este estatus a la relación bilateral es una forma de reconocer la importancia que le otorgan ambas partes” (Esteban, 2015: 15).

Eduardo Daniel Oviedo (2006:385) señala que “desde 1993, las expresiones ‘relación estratégica’, ‘asociación estratégica’, ‘sociedad estratégica’ o ‘relaciones asociativas estratégicas’, aparecen impresas en tratados o comunicados conjuntos, firmados por el

¹⁶ Información disponible en la Biblioteca Digital de la Cancillería Argentina: http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_ficha.php?id=10788 (última consulta 30/11/2016)

gobierno de la República Popular China con algunos miembros de la comunidad internacional”

Según nos reseña Carola Ramón – Berjano (2015:12), “el concepto de “asociación” surgió dentro de la diplomacia china después del final de la Guerra Fría. Desde entonces la creación de este tipo de alianzas se ha convertido en una de las características más notables de la diplomacia china, al jerarquizar – y por lo tanto diferenciar – el nivel de vínculo en función de los intereses perseguidos por Beijing, y el grado de respuesta y afinidad de su contraparte en temas sustanciales de su diplomacia”. En ese sentido, Carola concluye que “el status de ‘socio estratégico integral’ que ha otorgado China a la Argentina es uno de los más importantes dentro de su esquema de alianzas internacionales” (Ramón – Berjano, 2015: 45).

La interpretación de los tratados sucesivos en la misma materia

Según analizamos existen varios tratados entre las mismas Partes sobre la misma materia. Para Antonio Remiro Brotons “la interpretación no constituye un acto aislado, sin que es consustancial al proceso de aplicación de las normas y obligaciones internacionales” (2007:596). Un problema que se suscita con relación a los efectos de los Tratados *ratione materiae* “consiste en determinar, primero, la compatibilidad e incompatibilidad entre un tratado anterior y otro posterior sobre la misma materia y, segundo, en qué medida los efectos del primero pueden quedar limitados por el segundo” (Diez de Velasco, 2010: 200). Al respecto, debemos seguir las pautas de interpretación del Art. 30¹⁷ de la Convención de Viena de Derecho de los tratados de 1969.

¹⁷ “Art. 30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.
2. Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último.
3. Cuando todas las partes en el tratado anterior sean también partes en el tratado posterior, pero el tratado anterior no quede terminado ni su aplicación suspendida conforme al artículo 59, el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior.
4. Cuando las partes en el tratado anterior no sean todas ellas partes en el tratado posterior:
 - a) en las relaciones entre los Estados partes en ambos tratados se aplicará la norma enunciada en el párrafo 3;
 - b) en las relaciones entre un Estado que sea parte en ambos tratados y un Estado que sólo lo sea en uno de ellos, los derechos y obligaciones recíprocos se regirán por el tratado en el que los dos Estados sean partes.
5. El párrafo 4 se aplicará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 y no prejuzgará ninguna cuestión de terminación o suspensión de la aplicación de un tratado conforme al artículo 60 ni ninguna cuestión de responsabilidad en que pueda incurrir un Estado por la celebración o aplicación de un tratado cuyas disposiciones sean incompatibles con las obligaciones contraídas con respecto a otro Estado en virtud de otro tratado.”

En relación a las cuestiones planteadas por Diez de Velasco, se debe tener en consideración que los estándares de protección que brinda el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones firmado entre ambos países el 5 de Noviembre de 1992 no son derogados ni objeto de una regulación posterior. Por otro lado, ninguno de los tratados analizados deroga a los anteriores. El único que trae una norma sobre terminación vinculada a otro tratado es el “Convenio Complementario de Cooperación en Materia de Inversión Industrial entre la República Argentina y el Gobierno de la República Argentina” firmado el 18 de junio de 2014. Este instrumento jurídico señala que entrará en vigor en la fecha que lo haga el Convenio Marco y permanecerá en vigencia mientras lo esté el Convenio Marco (Art. 5) y el Memorándum de Entendimiento para el Establecimiento de un Mecanismo de Diálogo Estratégico para la Cooperación y Coordinación Económica establece un plazo de vigencia de cinco años.

En vista de estas consideraciones, coincidimos con Diez de Velasco cuando señala que en tratados sucesivos sobre la misma materia entre las mismas Partes, si el posterior no prevé que su celebración determina la terminación o suspensión del primero, “en este caso se aplicarán las normas del Tratado anterior sólo en la medida en que sean compatibles con el Tratado posterior. Se trata de una aplicación parcial del principio *lex posterior derogat priori*” (Diez de Velasco, 2010: 201).

En ese sentido, estimamos que todos estos tratados forman un orden jurídico propio aplicable a la materia en cuestión. Por orden jurídico entendemos “una secuencia temporalmente ordenada de sistemas normativos” (Juliá, 2013: 214). Por lo tanto, todos estos Tratados deben interpretarse como un orden jurídico particular y armónico donde rige el principio “ley posterior deroga anterior”.

A manera de conclusión

China es un socio importante para Argentina. Las empresas petroleras chinas: China’s National Overseas Oil Co (CNOOC), China Petrochemical Corporation (SINOPEC) tienen una presencia no menor en nuestro país.

Se han firmado entre los dos Estados una serie de instrumentos jurídicos que brindan un marco legal de protección a las inversiones de estas empresas de explotación de hidrocarburos en Argentina.

De acuerdo a lo analizado anteriormente el marco jurídico sería un sistema de instrumentos jurídicos internacionales que se aplican de manera simultánea. El tratado base o fundamental es el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre Argentina y la República Popular China de 1992 que establece estándares de protección mínimos a los inversionistas extranjeros como así también brinda una definición de inversión e inversor necesaria para determinar el campo de aplicación del Acuerdo y establecer la jurisdicción del Tribunal que entendería en una eventual controversia entre las Partes.

En ese sentido, el Acuerdo de 1992 regula la expropiación, nacionalización y/o medidas equivalentes conforme a las normas del derecho internacional consuetudinario requiriéndose una ley que declare la utilidad pública y el pago de una indemnización. Además, el artículo agrega “sin discriminación”. En relación a los estándares de trato, considera al trato justo y equitativo, y el de protección de la nación más favorecida. Por el primero, ambos Estados se comprometen a no adoptar medidas discriminatorias o no razonables respecto a las inversiones de la otra Parte, “sin perjuicio de sus leyes y reglamentaciones”. Con esta última expresión tornan la garantía como imprecisa. Por el estándar de nación más favorecida permite que la protección acordada por el convenio no sea menos favorable que las otorgadas a cualquier tercer Estado salvo las conferidas en el marco de un proceso de integración.

En materia de solución de controversias se distingue entre aquellas que surgen con motivo de la interpretación y aplicación del Acuerdo y aquellas que surgen con motivo de la inversión. En ambos supuestos de controversias se establece la vía diplomática y en el supuesto de fracaso de este mecanismo se estipula un arbitraje. Estos estándares no son derogados ni modificados en ningún acuerdo posterior.

Argentina y China avanzaron en la firma de convenios internacionales creando instituciones de cooperación entre ambos países como la Comisión Binacional Permanente y el Mecanismo de Dialogo Estratégico para la Cooperación y la Coordinación Económica (DECCE). De esta manera se procura promover el desarrollo de las relaciones bilaterales económicas de manera continua e integral.

Los Acuerdos permitieron a las Partes desarrollar un buen clima en sus relaciones bilaterales. En ese sentido, en el Memorándum del año 2004, ambos Estados acordaron crear condiciones favorables para la competencia leal de empresas chinas y argentinas. Esta situación se vio reflejada en los sucesivos tratados que lograron crear una Asociación Estratégica Integral en materia de cooperación económica y de inversión. Argentina es uno de

los países con los cuales China mantiene una Asociación Estratégica Integral junto a Brasil, Venezuela, México y Perú en la región.

Los Tratados firmados entre Argentina y China al ser una secuencia temporalmente ordenada de sistemas normativos forma un orden jurídico propio aplicable a la materia de inversiones extranjeras donde cobra importancia el Art. 30 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados para su interpretación. En ese sentido se aplicarán las normas del tratado anterior solo en la medida en que sean compatibles con el tratado posterior teniendo como guía el principio “ley posterior deroga anterior”.

Así, las actividades de las empresas chinas CNOOC y SINOPEC con inversiones en nuestro país en materia de hidrocarburos tienen el marco jurídico en el cual se encuadra su labor.

BIBLIOGRAFIA

- CEPAL (2015), *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe. 2015*. Naciones Unidas. Chile.
- CEPAL (2014), *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe. 2014*. Naciones Unidas. Chile.
- CESARIN, Sergio (2010), *China y Argentina: Enfoques y recomendaciones de Política para potenciar la relación bilateral*. Serie Aportes N° 8. Fundación Friedrich Ebert, Buenos Aires.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel (2010), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos. Madrid.
- DINATALE, Martin (2014), “El Gobierno redefine su esquema de alianzas estratégicas” en *La Nación*, Buenos Aires, 27 de Septiembre de 2014. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1730777-el-gobierno-redefine-su-esquema-de-alianzas-estrategicas> (última consulta 20 de noviembre de 2014)
- ESTEBAN, Mario (Coord.) (2015), “China en América Latina: Repercusiones para España”. Real Instituto Elcano. *Documento de Trabajo 3/2015*. España. Disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/673042004a594545ae26ae207baccc4c/DT3-2015-Esteban-China-en-America-Latina-repercusiones-para-Espana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=673042004a594545ae26ae207baccc4c> (última consulta 2 de febrero de 2016).

- FLACSO (2014), "Panorama Político y Económico de las Relaciones entre América Latina y China". *I Boletín Semestral*. Agosto 2013 – Enero 2014. Disponible en:
- <http://www.flacso.org/secretaria-general/bolet-n-panorama-pol-tico-y-econ-mico-relaciones-entre-am-rica-latina-y-china> (última consulta 2 de febrero de 2016).
- FRANZA, Jorge Atilio (2010), *Manual de los Recursos Naturales y Protección del Medio Ambiente*. Ediciones Jurídicas. Eduardo Leca Editor. Buenos Aires.
- GALAK, Oliver (2010), "Otra petrolera china pone un pie en el mercado argentino" en *La Nación*, 11 de diciembre de 2010. Disponible en <http://www.lanacion.com.ar/1332518-otra-petrolera-china-pone-un-pie-en-el-mercado-argentino> (última consulta, 21/11/ 2015).
- JULIÁ, Marta Susana (2013), "El Nuevo Orden en Materia Ambiental en el Sistema Jurídico Político Institucional Argentino" en *Revista de la Facultad*, Vol IV, N° 2, Nueva Serie II. Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Córdoba. Argentina. pp. 213 - 224
- LÓPEZ, Andrés *et al* (2014), "Argentina y China: Nuevos encadenamientos mercantiles globales con empresas chinas. Los casos Huawei, CNOOC y Sinopec" en DUSSEL PETERS, Enrique (Coord.) (2014), *La inversión extranjera directa de China en América Latina. 10 casos de Estudio*. Unión de Universidades de América Latina y el Caribe. México. pp. 13 – 60. Disponible en:
- <http://www10.iadb.org/intal/cartamensual/cartas/Articulo.aspx?Id=71e596eb-c858-4f68-b48a-6035301cf683> (última consulta: 2 de febrero de 2016).
- LOWE, Vaughan (2007), *Changing Dimensions of International Investment Law*. Legal Studies Research Paper Series N° 4. Faculty of Law. University of Oxford.
- MALANCZUK, Peter (2002). *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seven Revised Edition. Routledge. London
- OCDE *et al* (2015), *Perspectivas Económicas de América Latina 2016. Hacia Una Nueva Asociación con China*. OECD Publishing Paris.
- OECD (2008), *International Investment Law, Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD. USA.
- OVIEDO, Eduardo Daniel (2006), "China: Visión y Práctica de sus Llamadas Relaciones Estratégicas" en *Estudios de Asia y África*. XLI: 3, Centro de Estudios de Asia y África. El Colegio de México.

- PRIETO, Gustavo (2013), *El Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional de las Inversiones*. Primera Edición. Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional. Ecuador.
- RAMÓN – BERJANO, Carola et al (2015), *El Relacionamiento de China con América Latina y Argentina. Significado de la Alianza Estratégica Integral y los Recientes Acuerdos Bilaterales. Documento de Trabajo N° 96*. Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales. CARI. Argentina.
- REMIRO BROTONS, Antonio (2007), *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- REY VALLEJO, Pablo (2007), “El Arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización” en *Revista de Derecho Privado* N° 38. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. pp. 3 – 23.
- SOLA, Juan Vicente, *Manual de Derecho Constitucional*, La ley, Buenos Aires, 2010
- YMAZ VIDELA, Esteban M. (1999), *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus Efectos en las Contrataciones Administrativas*. La Ley. Buenos Aires.

Revista
INSERCIÓN

Año II
Vol. II
2017

**LA DISCUTIBLE COMPETENCIA
FEDERAL DE LAS
OBRAS SOCIALES**

Por: Alejandro Scarano

LA DISCUTIBLE COMPETENCIA FEDERAL DE LAS OBRAS SOCIALES

Por: Alejandro Scarano¹⁸

RESUMEN

El presente artículo sostiene que la competencia para demandar a una Obra Social por parte de su afiliado es ordinaria y no federal, como sostiene una inmensa mayoría de la doctrina judicial. Ello surge de una lectura completa y contextualizada de la ley 23.660 (ley de obras sociales) y de la ley 23.661 (Ley de Sistema del Seguro Nacional de Salud) cuyo artículo 38 es interpretado – de modo casi unánime - en el sentido contrario al de este trabajo.-

PALABRAS CLAVE: doctrina judicial - obra social – pensamiento jurisprudencial

ABSTRACT

The present article maintains that the competence to sue to a Social Work on the part of its affiliate is ordinary and not federal, as an overwhelming majority of the judicial doctrine maintains. This arises from a complete and contextualized reading of law 23.660 (social works law) and law 23.661 (National Health Insurance System Law), whose article 38 is interpreted - almost unanimously - in the sense opposite to that of this work.-

KEY WORDS: Judicial doctrine - social work - jurisprudential thinking

¹⁸ Abogado graduado UCSE. Especializado para la Magistratura UCA – Rosario. Prof. Adjunto de Derecho Romano UCSE. Prof. Doctrina Social de la Iglesia UCSE .Presidente del Tribunal Nacional de Ética y Garantías de Cruz Roja Argentina. Juez de Paz Letrado de Primera Nominación de Santiago del Estero.-

Introducción

Una ligera compulsión de la jurisprudencia local y Nacional, deja en claro que, el criterio mayoritario de la misma sostiene que las Obras Sociales no pueden ser demandadas, por sus afiliados – en ningún caso – ante la jurisdicción ordinaria, en atención a que la ley vigente sobre este punto, expresamente prescribe que las mismas **“estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal” (Art. 38 Ley 23.661).**-

Esta normativa ha sido declarada inconstitucional en alguna jurisprudencia y superada en otras, por el encuadramiento de la relación de cobertura en la ley de defensa del consumidor y su carácter de orden público.

El presente artículo, conjetura una crítica a estas interpretaciones normativa, postulando la competencia ordinaria para el caso de la demanda de cobertura de salud de un afiliado contra su obra social.

El texto Normativo

Cabe consignar que la jurisdicción federal en las demandas contra las obras sociales, no surge de la ley de Obras Sociales N° 23.660, ya que la misma solo establece la jurisdicción federal para “El cobro judicial de los aportes, contribuciones, recargos, intereses y actualizaciones adeudados a las obras sociales” (Art. 24 ley 23.660) y en instancia de apelación de las sanciones que la Dirección Nacional de Obras Sociales les aplique (Art. 29 ley 23.660), pero no para ser demandada, lo cual podría inferirse “ a contrario sensu” que fuera de esas dos hipótesis, no es competencia federal, en atención a la naturaleza excepcional de la misma.

Lo cierto es que la ley 23.661, no es de Obras Sociales sino de creación y regulación del **Sistema Nacional del Seguro de Salud y de la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL).**-

Dicha norma alude a la competencia federal de las Obras Sociales mediante el siguiente juego de sus artículos.

En primer lugar el artículo 15 de la ley 23.661, define que:

ART. 15.- Las obras sociales comprendidas en la Ley de Obras Sociales **serán agentes naturales del seguro**, así como aquellas otras obras sociales que adhieran al régimen de la presente ley.

En segundo lugar el artículo 38 de la ley 23.661, dispone que:

ART. 38.- La ANSSAL y los agentes del seguro estarán sometidos **exclusivamente a la jurisdicción federal**, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fueren actoras.

Pero, este conocido artículo 38, posee un segundo párrafo muy soslayado – a mí entender -en la hermenéutica constante de la competencia jurisdiccional de las obras sociales, el cual reza lo siguiente:

El sometimiento de los agentes del seguro a la justicia ordinaria estará limitado a su actuación como sujeto de derecho en los términos dispuestos en la Ley de Obras Sociales.

Problemas en la Interpretación del Art. 38 Ley 23.661, a la luz de su segundo párrafo

Si bien la jurisprudencia nacional, abrumadoramente mayoritaria, no tiene fisuras acerca de la competencia federal de la Obras Sociales, ninguna de la exegesis a las que he tenido acceso, analiza detenidamente este segundo párrafo, cuya redacción – admito – no es lo suficientemente inequívoca.

En efecto, si la disposición del primer párrafo estableciera la **competencia exclusivamente federal en todo y cualquier caso**, salvo en el que la Obra Social opte por la ordinaria cuando fuere actora, **¿qué sentido tiene el segundo punto?**, en tanto que refiere al **“sometimiento de los agentes del seguro a la justicia ordinaria”** (exclusivamente) **“limitada a su actuación como sujeto de derecho”**

Cabría preguntarse **¿En qué hipótesis legal la Obra Social no es un sujeto de derecho en los términos dispuestos en la Ley de Obras Sociales?**

En tal sentido cabe preguntarse **Si el legislador quiso decir que la única jurisdicción para demandar a las Obras Sociales era la Federal... ¿Porque no lo dijo en la Ley de Obras Sociales N° 23.660 que era el contexto más idóneo para receptor esa prescripción.-**

Por el contrario en dicha ley prescribe expresamente la competencia federal para dos casos que no tienen relación con las Obras Sociales como demandadas, por lo que puede válidamente entenderse que, en el resto de cuestiones, la jurisdicción sería ordinaria

¿Por qué tampoco lo dijo claramente en la ley 23.661? Adviértase que ambas leyes fueron sancionadas el mismo día: (29/12/1988).-

Previo a formular mi hipótesis interpretativa considero importante reseñar algunos precedentes recientes que trataron puntualmente esta cuestión.

El caso Villanueva con OSDE

Un fallo que revela, hasta qué punto es discutida esta cuestión, es el dictado el 10 de Octubre de 2013, por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy en autos, caratulados “Amparo – Villanueva, Silvina Gisela c/ OSDE, Expte. N° C-009187/13”.¹⁹

La relación de los hechos, revela que la actora interpone amparo contra la empresa de medicina prepaga OSDE, ante dicho tribunal de apelaciones en instancia originaria, a los fines de requerir la cobertura de una cirugía bariátrica.

En dicho tribunal de jurisdicción ordinaria, OSDE se presenta a través de su representante legal **y no plantea la cuestión de la competencia federal.**

¹⁹Publicado en http://www.saij.gov.ar/camara-apelaciones-civil-comercial-local-jujuy-amparo-villanueva-silvina-gisela-osde-fa13200117-2013-10-10/123456789-711-0023-1ots-eupmocsollaf?SAIJ_sumario_FA13200117

Los votos de la Cámara, fueron divididos, acordando la mayoría²⁰ la prosperidad del amparo en todas sus partes sin tratar siquiera, la cuestión de la competencia, la cual no había sido planteada por ninguna de las partes, ni el Ministerio Fiscal.-

Por el contrario, el breve voto en disidencia de la Dra. Alejandra María Luz Caballero literalmente expreso:

“Tal como lo dejé expresado en el Expte. C-004978/13, soy de opinión que los Tribunales Ordinarios resultan incompetentes para entender en cuestiones como la planteada en la demanda, como que ésta debe ventilarse y resolverse en la Justicia Federal.

Ello, por aplicación de los arts. 24 y 29 de la ley 23.660²¹ y la interpretación que la C.S.J. asignó a esa preceptiva en Fallos 312:985²², 320:42, 324:2078, 326:3535 y 328:4095²³, entre otros.

El argumento de la actora al decir que es de aplicación al caso la ley de defensa del consumidor N° 24.240 no modifica ni gravita en la asignación de competencia pues esa preceptiva también puede y debe ser aplicada –de corresponder- por los jueces federales.

En razón de ello, estimo corresponde mandar a la interesada ocurrir por ante quien corresponda (art. 25 del C.P.C.) Tal es mi voto”.

Dicho voto minoritario exhibe **hasta qué punto está dividido el pensamiento jurisprudencial sobre este tema**, que hasta el propio representante de OSDE, posiblemente se haya sorprendido por esta declaración de incompetencia, no planteada.-

²⁰Dres. Norma Beatriz Issa y Dr. Carlos Marcelo Cosentini:

²¹Ya los he analizado supra y estos artículos están específicamente previstos para los cobros de asignaciones y las apelaciones de sanciones, lo cual no guarda relación con la cuestión debatida en ese fallo ni esta acusación

²²Este fallo de la SCJN tuvo por objeto examinar la facultad de las provincias para disponer el monto de los salarios de los médicos que trabajaban en las Obras Sociales y no discutió la competencia judicial federal

²³En este caso caratulado: “A.,M.A. c/ IOMA- PEN s/ amparo ley 16.986”, la CSJN rechazó la competencia Federal por cuanto la accionada IOMA, era una entidad de derecho local de la Provincia de Buenos Aires.-

Medicina Prepaga: El caso Arcana Juan Manuel C/ Swis Medical Group:

Con idéntico argumento de las obras sociales, frecuentemente se aplicó el art. 38 de la ley 23.661, a las empresas de medicina prepagas, demandadas por sus afiliados. El criterio más reciente de la doctrina judicial, ha sentado una exhaustiva exegesis que contraría la Competencia Federal en tales casos.-

En tal sentido se ha expedido la Sala Primera de la Suprema Corte de Mendoza del 24/04/ en autos: “Arcana Juan Manuel C/ Swis Medical Group s/ Amparo.”: en oportunidad de resolver un Recurso de Inconstitucionalidad y Casación en contra de la Sentencia dictada por la Quinta Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial, en el cual efectúan una breve reseña de los hechos que deja constancia de la siguiente secuencia procesal:

El Juez de primera instancia, previa vista al Ministerio Fiscal, se declaró incompetente a favor de la Justicia federal. Dicha decisión es apelada por los actores ante la Quinta Cámara Civil de Apelaciones la cual rechaza la apelación planteada, con fundamento en la doctrina de la C.S.J.N. sobre el artículo 38 de la ley 23661, en cuanto prevé el sometimiento exclusivo de sus agentes a la jurisdicción federal.²⁴

En contra de esta resolución, los actores interponen recursos extraordinarios de Inconstitucionalidad y Casación expresando – entre otros argumentos “que resulta inconstitucional interpretar que la competencia federal es general y aplicable en todos los casos [...] por cuanto la misma es de carácter excepcional y limitada, no admite una interpretación amplia”.

²⁴(C.S.J.N., “Crova, María Gabriela y otro c/ Organización de Ser-vicios Directos Empresarios –OSDE- s/ amparo”, 25/08/09, Expte. C.244.XLV; en igual sentido “Rodríguez, Guillermo Oscar y Cadenas, Gisela Noelia c/ Consolidar Salud S.A. (hoy perteneciente al Grupo Omint) s/ amparo – medida cautelar”, 25/08/09, Expte. C.252.XLV; dictamen de la Procuración General de la Nación en “Pesce, Luciano Car-los Ariel y otra c/ Swiss MedicalS.A. s/ amparo”, Expte. C.348.XLV, con cita de Fallos 328:1600 y 329:4414). Como también En los autos “Kogan, Jonathan c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo”, Fallos, 328:4095, del 25/11/05, mantuvo el criterio sostenido in re “Wraage, Rolando Bernardoc/ Omint S.A. s/ amparo”, Fallos, 326:3535, del 16/09/03, oportunidad en la que declaró la competencia del fuero federal, por encontrarse en juego normas y principios institucionales y constitucionales de prioritaria trascendencia, para la estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, al establecer la prestación médica obligatoria, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos, en razón de que la Ley N° 24.754 hizo extensivas las prestaciones básicas implementadas por las Leyes N° 23.660, 23.661 y sus reglamentaciones, a las prestadoras privadas. En la primera de las causas mencionadas insistió en que la materia compromete el estudio de preceptos con influencia decisiva respecto de cuestiones concernientes a la “estructura del sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra tanto a las obras sociales, como a las prestadoras privadas de servicios médicos”.

En la consideración de los recursos, el voto postulado por el Dr. Palermo, acompañado por sus colegas de la Corte, la misma principia reseñando sus propios precedentes en los cuales decidió atribuir la competencia a los juzgados federales²⁵. Pero luego (y aquí se define la suerte del caso) reconoce que la cuestión tiene hoy un nuevo marco normativo vigente. La ley de Medicina Prepaga N° 26.682, la cual, en su artículo 4, califica a la relación que existe entre las partes contratantes como una relación de consumo, regidas por las Leyes 24.240 y 25.156.”

En consecuencia, (concluye el voto mayoritario) al momento de resolver el conflicto planteado entre un usuario y una empresa de medicina prepaga, debe necesariamente tenerse presente este marco normativo dado por nuestra Carta Magna, los Tratados Internacionales y toda ley, entre ellas la de Defensa del Consumidor, que proteja la parte más débil y necesitada de la relación jurídica, por lo cual . [...], resulta de indudable aplicación lo dispuesto en el art. 53 de la ley, modificado por la Ley 26.361 que dispone que “en las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente...”

De este modo y **habiendo agotado el análisis de la cuestión de la competencia federal** en las demandas contra las Empresas de Medicina Prepaga **el voto del Dr. Palermo, concluye en este sentido:**

En virtud de todo lo expuesto, entiendo **que la presente acción de amparo debe tramitarse ante la justicia ordinaria de la provincia, conforme lo dispuesto por el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor** y por cuanto la Ley n° 26.682 no establece en forma expresa la competencia de la justicia federal.

²⁵ Así lo resolvió la Corte Suprema de Mendoza en la decisión del 18/12/2007 (LS 384-211) y en la de fecha 16/05/2008, dictada en los autos n° 91.059 “Obra Social de Personal Rural y Estibadores de la República Argentina en j: 39.249/127.565 Pérez Nora c/ Sociedad Española de Socorros Mutuos p/ Benef. de Litigar sin gastos s/ Inc.-Cas.” (LS 389-005). En este último precedente, la actora inició demanda por daños y perjuicios derivados de mala praxis médica en contra de varios demandados, entre ellos, la obra social OSPRERA. Para resolver el conflicto a favor de la justicia federal, se citaron allí los argumentos esgrimidos por la Corte Federal en las causas “Talarico” (03/10/1992) y “Kogan” (25/11/2005), entre ellos, aquel que se ciñe a la letra del art. 38 de la Ley 23.661, en cuanto el mismo dispone que los agentes del seguro están sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la justicia ordinaria sólo cuando fueran actores. Se agregó además que, los recurrentes, no aportaron nuevas razones para apartarse de los precedentes de la Corte Federal.

Surgiría, en consecuencia, a “contrario sensu”, de los términos expresos del fallo reseñado que, la competencia federal, en relación a las obras sociales, seguiría plenamente vigente a través del artículo 38 de la ley 23.661, el cual no es aplicable a las empresas de medicina prepaga.

Otro caso de Medicina Prepaga - M.M.E. y otro. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo

En sentido contrario la **Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela**, luego de pronunciarse sobre la relación de “consumo” que vincula a las partes, **declaró inconstitucional el art. 38 de la Ley 23.661**, por considerar que dicha norma contraviene las disposiciones de los arts. 116; 75 inc. 12; 121 y 123 de la Constitución Nacional.

La Cámara Santafesina sostuvo enérgicamente que, ***dicho artículo “en forma flagrante viola el art. 16 de nuestra Carta Magna al crear un doble fuero a elección exclusiva de la obra social, la que además es la parte más fuerte en la relación, no estando demás recordar que el contrato que en estos casos se suscribe, es de adhesión”*** (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, 07/08/2012, “M.M.E. y otro. c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo”).

Esta tacha de inconstitucionalidad abarca – según entiendo conforme los argumentos expuestos por la Cámara de Rafaela – a los afiliados de las obras sociales, a diferencia del criterio de la Corte Suprema de Mendoza, que se sustentó sobre la existencia de una ley específica para las empresas de medicina prepaga, por cuanto en este fallo, el sustento es constitucional.

Doctrina Nacional

Cabe finalmente reseñar, la calificada opinión del Dr. Lorenzetti quien considera al contrato de medicina prepaga como ***“...un contrato de consumo, puesto que hay un servicio prestado para un destinatario final, siéndole aplicables las disposiciones de la Ley 24.240”*** (Lorenzetti, Ricardo Luis, “La empresa médica”, pág. 132).

Agrega dicho autor, al analizar la responsabilidad derivada del incumplimiento de los prestadores contratados, que **“es una empresa que contrata con particulares, es un vínculo jurídico bilateral, es un contrato entre dos partes mediante el cual una paga el precio y la otra da asistencia”** (Lorenzetti, ob. cit., pág. 179), desde estos parámetros, sostiene que, no hay “cuestión federal” en la demanda de un usuario – beneficiario – consumidor del servicio de cobertura de medicina prepaga, contra la empresa prestataria de dicho servicio.-

Compartiendo completamente dichos criterios, opino que no existe una diferencia fundamental entre el beneficiario de una empresa de medicina prepaga y el de una Obra Social, por lo cual sostengo que en ninguno de los casos hay **“cuestión federal”**.-

Teoría de Interpretación jurídica

El orden de prioridad de los “métodos interpretativos”, se encuentran consagrados en Artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación a saber:

ARTICULO 2°.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Tal artículo, es congruente con los principios interpretativos consagrados en la doctrina judicial de la CSJN, según la cual la **interpretación gramatical** de las leyes si bien es el primer paso o momento en la interpretación, debe luego necesariamente dar lugar al **método exegético** que indaga la voluntad del legislador²⁶, conjuntamente con el **método sistemático**, según el cual el entendimiento y sentido de las normas debe determinarse en concordancia con el contexto al cual pertenecen, optando como consecuencia de la faena

²⁶“...La interpretación de las leyes debe practicarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que las informan, y en ese objeto la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento y profundo de sus términos que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma...” (D. 675. XXXI. REX; Díaz Cabral, Marcelo Gonzalo y otros c/ Estado Nacional (Min. de Justicia) s/ empleo público.18/07/2006 T. 329, P. 2890)

interpretativa, **por aquella que mejor resguarde la vigencia de los principios constitucionales y los valores superiores del sistema jurídico**²⁷.

Estas nociones parecen a las bases de nuestra formación en el derecho y la propia SCJN ha tenido oportunidad de expedirse reiteradamente en relación a ello:

“...La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, pero, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuando así lo requiera la interpretación razonable y sistemática...” (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema- C. 2327. XLI “caso RHE Corporación Financiera Internacional c/Aragón, Luis Alberto Facundo. 03/07/2007 T. 330, P. 2892)

En el mismo sentido:“...Es principio básico de la hermenéutica atender en la interpretación de las leyes, al contexto general de ellas y a los fines que las informan, no debiendo prescindirse de las consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma. (O. 466. XXXIX; ORI Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/ Catamarca, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad 20/05/2008 T. 331, P. 1262)

Por ultimo como un criterio de interpretación en el caso puntual de los conflictos de competencia federal, corresponde, recordar que la Corte de la Nación ha dicho que la justicia federal es un fuero de excepción y no dándose causal específica que lo haga surgir, su conocimiento corresponde a la jurisdicción local (Fallos 324:1173), criterio desde el cual es imprescindible analizar la cuestión propuesta.

Mi Hipótesis sobre la correcta exegesis del Art. 38:

Desde este marco teórico exegético y la doctrina inveterada de la CSJN, entiendo que la interpretación más ajustada a derecho es la siguiente:

²⁷“... La interpretación de las leyes debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial (Voto del Dr. Gustavo A. Bossert). S. 131. XXI.; Santa Cruz, Provincia de c/ Estado Nacional s/ nulidad (decreto 2227).08/04/1997 T. 320, P. 495)

La ley 23.661, estableció la “competencia federal exclusiva”, En el contexto del sistema del Seguro Nacional de Salud, es decir en la relación de las obras sociales con la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL), hipótesis todas, en las que la Jurisdicción Federal es clara y razonable.-

Por el contrario, la competencia federal, no es tan razonable, ni justificada **cuando la obra social es demandada por un afiliado por prestaciones de salud**, caso análogo a los que la Jurisprudencia y doctrina citada han referido como carentes de “cuestión federal”.

En tales casos – sostengo – la obra social demandada por su afiliado, está actuando “stricto sensu”, como “**sujeto de derecho en los términos dispuestos en la Ley de Obras Sociales**”, (¿Cuál es sino la finalidad principal de las obras sociales?) .-

Por ello **la competencia judicial, está regida por la ley de obras sociales (23.660)** y no la Ley del **Sistema del Seguro Nacional de Salud (23,661)**.-

Dicha ley (23.660), no establece como regla la competencia federal, sino como excepción, en solo dos casos “cobro judicial de los aportes, contribuciones, recargos, intereses y actualizaciones adeudados a las obras sociales” (Art. 24) y apelación de las sanciones que la Dirección Nacional de Obras Sociales les aplique (Art. 29), por lo cual de su articulado surge que la jurisdicción en la cual deben ser demandadas por sus afiliados es la ordinaria.-

Ello es absolutamente coherente con el segundo párrafo del artículo 38 de la ley 23.661 ya que, en dicha hipótesis, se verifica las condiciones del “**sometimiento de los agentes del seguro** (e.d. Obra Social) **a la justicia ordinaria...**”.-

Por otra parte, tal razonamiento es coherente con la inexistencia de cuestión federal, sustentada por la más reciente jurisprudencia y doctrina en relación a las empresas de medicina prepaga.-

De este modo, no es necesario declarar inconstitucional el art. 38, como es el criterio de la Cámara de Rafaela, sino más bien interpretarlo en su contexto normativo, para establecer el sentido más ajustado a derecho desde su expresa literalidad.-

Tampoco es necesario acudir al carácter de orden público de la “relación de consumo” la cual “**somete**” a la “**jurisdicción ordinaria**” a la obra social cuando actúa como sujeto

de derecho, como fundamenta la Corte Suprema Mendocina, para prorrogar la competencia federal ya que no hay conflicto normativo entre la ley 24.240 y modificatorias con el segundo párrafo del artículo 38 de la ley 23.661

Admito que esta opinión, deviene solitaria frente a la inmensa mayoría de la jurisprudencia y doctrina nacional, pero puedo adunar en su favor que no he podido encontrar en ninguna un examen detenido sobre el segundo párrafo del referido art. 38. Incluso las más prestigiosas, se quedan en el párrafo anterior²⁸ y clausuran su examen en la palabra “exclusivamente”, sin indagar en el sentido completo y congruente de esta segunda oración del Art 38 de la ley 23.661.-

Abrigo la esperanza de que sea cual fuere el sentido más preciso de la interpretación de esta normativa, dicha cuestión deje de ser una traba dilatoria y una causal de frustración de los ciudadanos que acuden a la justicia para obtener la cobertura de su salud, y en lugar de una respuesta pronta e eficaz, deben transitar las bizantinas incidencias de estas discusiones en desprecio de perentorias urgencias.-

²⁸VG. Ver fallo de la Corte Suprema de Salta del 22 de diciembre de 2009. Protocolizada en Tomo 140: 519/528) en autos caratulados “C E R; C. A. vs. OSSEG – OBRA SOCIAL DE SEGUROS y/o QUIEN RESULTE RESPONSABLE – AMPARO – RECURSO DE APELACIÓN” (Expte. n° CJS 32.436/09),

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Las contribuciones que se presenten a consideración de la revista deben cumplir con los siguientes requisitos y pautas de edición. Los trabajos que no se ajusten a estos recaudos serán devueltos a sus autores.

Inserción acepta artículos en todas las ramas del derecho, en el área de las ciencias políticas y de las relaciones internacionales.

De esta manera, la revista admite para su publicación: i) avances y resultados de investigaciones, ii) artículos basados en indagaciones empíricas o que contengan un desarrollo teórico relevante y consistente y iii) reseñas de libros en los campos disciplinarios de incumbencia de la revista.

Sólo se publicarán contribuciones originales e inéditas que impliquen un aporte significativo al conocimiento específico del tema. Por lo tanto no se aceptarán artículos ya publicados o que hayan sido sometidos a evaluación en otras revistas u otros medios de publicación, cualquiera sea el formato de difusión.

Los artículos y avances de investigación deben tener una extensión mínima de 6000 palabras y una máxima de 8500. En el caso de las reseñas la extensión mínima será de 1000 y la máxima de 1500.

En todos los casos, las colaboraciones se redactarán en idioma español, o portugués o inglés, en tipo de letra “Cambria”, tamaño 12, con interlineado de 1,5 y un espacio entre párrafos, tanto anterior como posterior, de 6 puntos, con márgenes superiores e inferiores de 2,5 cm y laterales (derecho e izquierdo de 2 cm) y se presentarán digitalizadas en Microsoft Office Word.

El título del aporte se redactará en el idioma del texto, en tipo de letra “Cambria”, tamaño 14, en mayúsculas con negrita y centrado. No se resaltarán los subtítulos con negrita, subrayado o mayúsculas y tampoco serán numerados.

A continuación del título se incluirá un abstract o resumen en el idioma español, portugués e inglés de una extensión que no deberá superar las 200 palabras, en tipo de letra “Cambria”, tamaño 12, con interlineado sencillo. En el resumen deberán anticiparse los objetivos del trabajo, las hipótesis y argumentos centrales y la metodología empleada.

Asimismo se insertarán de 3 a 5 palabras claves tanto en el idioma español, portugués e inglés.

Las palabras de otro idioma diferente a aquel en el cual estén redactados los artículos deberán escribirse en cursiva.

Las citas de bibliografía, las tablas, las notas a pie de página, tablas, figuras, cuadros y demás gráficos así como las referencias bibliográficas deberán ajustarse a las normas APA (American Psychological Association) en su versión actualizada.

En el supuesto de insertarse siglas, se tendrá que aclarar su significado la primera vez que se introduzcan, con posterioridad solo bastará con la inserción de la sigla correspondiente. En el caso de emplearse acrónimos, el nombre al cual se refiera tendrá que escribirse en forma completa la primera vez que se mencione y a continuación el acrónimo entre paréntesis.

Proceso de Evaluación

Una vez presentados las contribuciones, el Consejo de Redacción corroborará que se hayan cumplido los recaudos y pautas de edición. En caso afirmativo se someterán a la evaluación de dos árbitros de conformidad con el proceso de “doble ciego” que garantiza el anonimato recíproco de evaluador y evaluado.

El proceso de evaluación podrá arrojar tres resultados: i) Publicable, ii) Publicable con modificaciones; iii) No publicable.

En virtud de ello los artículos y reseñaciones se enviarán sin que en el texto de los mismos consten los datos personales de los autores o demás circunstancias que permitan su identificación. Por tal motivo los autores deberán acompañar un breve currículum, no superior a las 10 líneas, en un archivo Microsoft Office Word aparte.